

THÈSE DE
CAEN.

1892
N^o. 5.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES ARGENTARII

EN DROIT ROMAIN

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES NOTAIRES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 16 Janvier 1892

PAR

LUCIEN GUIBERT

NANTES

IMPRIMERIE BOURGEOIS, RUE SAINT-CLÉMENT, 57

1892



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES ARGENTARII

EN DROIT ROMAIN

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES NOTAIRES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 16 Janvier 1892

PAR

LUCIEN GUIBERT

NANTES

IMPRIMERIE BOURGEOIS, RUE SAINT-CLÉMENT, 57

1892

JURY D'EXAMEN

MM. TOUTAIN, *Professeur*, PRÉSIDENT.
LAISNÉ-DESHAYES, *id.*
LEBRET, *id.*
GAUCKLER, *Professeur-adjoint.*

MEIS

L. G.

BIBLIOGRAPHIE

I. — THÈSE DE DROIT ROMAIN

ORTOLAN, *Explication historique des Institutes*. — PELLAT, *Textes choisis*. — ZIMMERN, *Traité des Actions*. — SAUMAISE, *De usuris*. — DEZOBRY, *Rome au siècle d'Auguste*. — PILLETTE, *Revue historique du droit français et étranger*. — FAVRE, *Contrat litteris*. — TACITE, *Annal.* — LIÉGEOIS, *De l'usure*. — TROPLONG, *Du prêt*. — MAINZ, *Eléments du droit romain*. — DE CAQUERAY, *Explication de passages du droit privé de Cicéron*.

II. — THÈSE DE DROIT FRANCAIS

MOURLON. — DALLOZ, *Recueil de jurisprudence ; Jurisprudence générale*. — TROPLONG, *Contrat de mandat*. — SIRREY, *Recueil d'arrêts*. — ELOY, *De la responsabilité des notaires*. — *Revue du notariat et de l'enregistrement*. — *Dictionnaire notarial*. — *Formulaire notarial de Defresnoy*. — SOURDAT, *De la responsabilité*. — VERGÉ, *Responsabilité des notaires*. — FERRIERE, *Parfait notaire*. — *Dictionnaire de droit et de pratique*. — DOMAT, *Droit public*. — BLONDELA, *Traité des connaissances nécessaires à un notaire*.

DROIT ROMAIN

DES ARGENTarii

Les banques privées, qui ont pris une si grande extension à notre époque, étaient connues des Grecs et des Romains qui les avaient employées avec succès. D'abord simples changeurs ou dépositaires, les banquiers ne tardèrent pas à prendre en mains toutes les opérations se rattachant au commerce de l'argent, et grâce à l'importance de ces mêmes opérations et au développement qu'ils leur donnèrent, ils jouirent bientôt de cette influence apportée par la richesse qui sait à la fois se rendre nécessaire au peuple et aux grands. A Rome cette influence des banques fut plus tardive qu'en Grèce. Les banquiers grecs marchèrent de pair avec le développement commercial et industriel de leur pays. On leur donnait le nom générique de *τραπεζιται*, à cause de la table que l'on plaçait devant eux et qui était le signe distinctif de leur profession.

D'abord probablement changeurs, les trapézites grecs devinrent bientôt prêteurs et dépositaires et durent s'occuper des négociations diverses ayant trait au commerce

de l'argent. Ils avaient sous leurs ordres de nombreux subordonnés, qu'ils déléguaient comme préposés à leurs divers comptoirs, ou qui avaient la charge de vérifier et consigner les diverses opérations de banque. Les trapézites, ayant en mains le maniement des fonds des citoyens, furent astreints à tenir une comptabilité régulière et à rendre compte de leurs opérations à leurs clients (1).

Leur profession était librement exercée par les citoyens et réglementée de façon à préserver les clients contre le banquier et à mettre le banquier lui-même en garde contre les abus.

Après cet aperçu rapide des banques grecques, nous allons nous occuper du sujet de notre étude, des banquiers romains.

Les Romains, à la différence des Grecs, méprisaient tout ce qui de près ou de loin touchait au négoce, aussi la situation des banquiers fut-elle, surtout dans le principe, toute autre à Rome. Il est croyable que d'abord les banquiers romains furent également de simples changeurs ; les conquêtes avaient fait affluer à Rome une quantité considérable de numéraire de valeurs et de types différents ; de là, la nécessité de trouver des hommes spéciaux pour se livrer à l'étude de ces diverses monnaies et en opérer le change. De changeurs ils devinrent bien vite dépositaires, puis prêteurs, et même, si nous en croyons les satiriques, ils ne s'arrêtèrent pas en si beau chemin et devinrent de véritables usuriers.

(1). Demosth contr. Phormion § 11, contr. Callipe § 4.

A Rome, toutes les opérations mercantiles étaient, la plupart du temps, abandonnées aux mains des esclaves et des affranchis; il en fut du commerce de l'argent comme de tous les autres, et les banquiers se recrutèrent principalement parmi les esclaves et les étrangers; les Grecs durent s'emparer en grand nombre de ces places très appropriées à leur amour et à leur génie du commerce.

Les banquiers sont désignés à Rome sous différents noms, nous les trouvons appelés successivement *collybistæ mensarii*, *mensularii*, *nummularii*, *argentarii*. Il est difficile de préciser le sens particulier à chacune de ces expressions et de savoir si véritablement il existait de grandes différences entre chacune d'elles. Le nom générique de tous ceux qui font le commerce de l'argent paraît être celui d'*argentarii*, et c'est également celui que nous emploierons. Dans les *mensarii* on a voulu voir des banquiers ayant un caractère officiel que n'avaient pas les *argentarii*, simples banquiers privés (1). Les partisans de cette opinion s'appuient principalement sur la loi 24, 2. D, 42, 5, qui parlant de ceux qui ont confié des dépôts aux *mensularii* dit que « *fidem publicam sequuntur*. » Il nous semble que ce passage peut se traduire d'une façon plus simple et signifie simplement que les citoyens qui ont traité avec les *mensularii* n'ont fait que suivre les conseils de ceux qui ont la confiance publique; le client trompé a agi comme les autres, il s'est confié aux banquiers, *sequitur fidem publicam*. Ce qui a en outre prêté

(1). Sigonius *De ant. jure Rom.* XII.

à la confusion, c'est l'existence à certaines époques de *mensarii*, véritables fonctionnaires publics qui n'avaient, avec les banquiers privés dont nous nous occupons, de commun que le nom (1). En effet, si nous en croyons différents auteurs et notamment Tite-Live, au temps des grandes guerres et durant les crises financières, il était d'usage à Rome de créer des fonctionnaires chargés soit de diminuer la misère des débiteurs, soit de recueillir les offrandes faites par les citoyens pour subvenir aux frais des guerres. Ainsi en l'an 506 de Rome pendant la deuxième guerre Punique, il fut nommé trois *mensarii* pour recevoir les diverses offrandes des citoyens. Mais ces *mensarii* n'étaient créés que pour un temps et essentiellement passagers.

Quant à la différence existant entre les *nummularius* et l'*argentarius*, elle ne nous semble guère plus solidement établie. On ne veut voir dans le *nummularius* qu'un banquier d'un ordre inférieur, un simple changeur chargé d'apprécier la valeur des monnaies *æs per argentum videt*, dit Petrone (2). Suétone paraît au contraire confondre ces deux expressions, et les divers textes que nous trouvons au *Digeste* à ce sujet, ne semblent faire aucune distinction. Il nous semble que si à l'origine il a pu exister certaines différences entre ces diverses sortes de banquiers, elles n'ont pas duré et que les divers noms sont seuls restés désignant également les banquiers.

Les boutiques des *argentarii* construites d'abord au-

(1). Doneau VII, 626. — Tite-Live, liv. IX, 40. — (2). Petrone 56. *Saumaïse. De usuris*, 504.

tour du Forum envahirent peu à peu le portique Julia et la rue de Janus. On les connaissait sous le nom d'*argentariae tabernæ* et on les distinguait en *veteres* et en *novæ*. Cette dénomination leur vint de ce que, une partie de ces *tabernæ* ayant été incendiée plusieurs fois, les *officinæ* qui subsistèrent prirent le nom de *veteres*, les autres furent peu à peu reconstruites et s'appelèrent *tabernæ* ou *officinæ novæ* (1). Les *argentarii* avaient pour enseigne habituelle, un bouclier, et si nous en croyons Tite-Live au même livre, l'origine de cet usage remonterait après la victoire de *Papirius Cursor*, où les boucliers pris sur l'ennemi furent distribués aux banquiers établis sur le forum, afin d'en décorer leurs boutiques. Ces *officinæ* devinrent le rendez-vous de tous les oisifs, des fils de famille et des courtisanes, du moins d'après les tableaux que nous en ont laissés Plaute et les satiriques. Le sol qu'occupaient les *tabernæ argentariæ* restait propriété de l'Etat et était loué en son nom aux banquiers par les censeurs. La boutique elle-même au contraire, la *mensa*, était essentiellement propriété privée et pouvait être louée ou vendue au gré de son propriétaire (2).

Les *argentarii* s'adjoignaient probablement des commis pour l'exploitation de leur commerce, cela leur devint absolument nécessaire lorsqu'ils s'emparèrent de toutes les opérations ayant trait au commerce de l'argent. Nous verrons plus loin dans le cours de cette étude les *argentarii* agir non seulement comme banquiers, mais encore

(1). Tite-Live, liv. IX, 40. — (2). L. 32. D. 18. Dezobry Rome au siècle d'Auguste, 37. Doneau VII, 626.

comme commissaires-priseurs préposés à certaines ventes et là, nous aurons à dire quelques mots d'une certaine classe de ces commis qui prenaient le nom de *coactores*.

Ainsi que nous l'avons dit, les Romains dédaignaient le commerce et abandonnaient la gérance des banques aux esclaves, aux affranchis et aux étrangers. Les *argentarii* se vengèrent de ce dédain qu'on leur témoignait en gagnant peu à peu de l'influence, et quand ils se virent à peu près prédominants, loyaux et honnêtes à l'origine, il est permis de le croire, ils durent rapidement en arriver, poussés par la soif et l'or, la vue du gain facile et le désir de vengeance, à pratiquer l'usure sur une grande échelle et à se servir des moyens les plus rapides pour arriver à leur but. Cela devait arriver d'autant plus que les *argentariae* étaient tenues la plupart du temps par des esclaves et des étrangers exempts de préjugés qui ne devaient désirer qu'écraser leurs anciens vainqueurs. Les auteurs satiriques et comiques nous font des tableaux lamentables de la morale des banquiers à leur époque, Plaute dans son *Curculio* nous montre son banquier trouvant le moyen de se rendre la balance de son compte toujours favorable, et restituant en coups de trique ce qui leur était dû à ses débiteurs quand ils criaient trop haut (1). On les accusait de corrompre la jeunesse afin de la pousser dans des paris si coûteux et de la ruiner plus sûrement. Ces tableaux sont évidemment fortement exagérés et pour juger avec impartialité une institution

(1). Plaute, *Curculio*, act. 3.

quelconque, ce n'est pas dans les comédies ou les satires qu'il faut aller chercher ses informations; toutefois, comme nous l'avons dit, les *argentarii* durent se laisser entraîner à pratiquer l'usure et à devenir les auxiliaires des *fœnerateurs*. (1)

D'ailleurs, aucune capacité spéciale n'était exigée pour remplir les fonctions de banquiers. Mais comme il fallait garantir les citoyens contre l'incapacité ou la mauvaise foi de ces *argentarii*, des recours existaient contre certaines personnes, suivant les circonstances.

Si l'*argentaria* était tenue par un esclave, la responsabilité du *dominus* pouvait se trouver en jeu de diverses manières. Si l'esclave gérât l'*argentaria* au su du maître et sur son ordre, le *dominus* était tenu *in solidum* des engagements de l'*argentarius* et des opérations qu'il avait faites et on agissait contre lui par l'action *institoria* (2). Si le fait reproché à l'esclave lui avait été spécialement ordonné par le *dominus*, on exerce contre ce dernier l'action *quod jussu*; et dans ce cas il importe peu que le *dominus* ait connu l'engagement par avance ou l'ait ratifié après coup; car la ratification équivaut au mandat (3). Si au contraire l'esclave ou le *filius familias* tient l'*argentaria* sans ordre du *dominus*, la responsabilité de ce dernier n'est plus encourue comme dans le cas précédent, et le recours éventuel que l'on peut avoir contre lui varie suivant les cas ci-après.

Si l'esclave ou le fils de famille tient l'*argentaria*

(1). Pillette, *Revue histor. de droit français et étranger*, v. 1861, p. 1. — (2) *Instit.*, liv. IV, t. VIII. 2. — (3) *Didier Paillé*, t. II, p. 454.

tabernū avec son pécule et pour son propre compte, mais « *sciente domino* », les tiers lésés ne peuvent exercer leur recours que sur le pécule ainsi affecté au commerce, sur lequel ils se trouveront en concours avec le *dominus* lui-même produisant pour ses créances sur son esclave. Le *dominus* devra faire la répartition du pécule, et alors le créancier qui se trouverait lésé aura contre lui l'action dite *tributoria*.

Si, au contraire du cas précédent, l'esclave ou le fils de famille ont géré leur maison de banque avec leur pécule et à l'insu du *dominus*, alors les tiers lésés ne peuvent avoir recours contre ce dernier que jusqu'à concurrence du pécule ou de ce qui a tourné à son avantage, et ils se servaient des actions de *peculio* ou de *in rem verso*. Il importait donc beaucoup de distinguer quelle se trouvait être la position de l'*argentarius* vis-à-vis de son *dominus* pour apprécier la validité et l'étendue du recours possible contre ce dernier.

Les *argentarii* cherchèrent tous les moyens propices à l'extension de leurs opérations. De nos jours nous voyons utiliser pour les grandes entreprises l'association, ce moyen fut appliqué par les *argentarii*. Ils purent ainsi se procurer les bénéfices et les avantages produits par la mise en commun des capitaux et du crédit, et tenter des opérations que, séparés, ils n'eussent même pas osé entrevoir. Nous ne retrouvons pourtant que fort peu de textes qui nous parlent de ces associations d'*argentarii* et on ne voit pas trace de privilèges spéciaux à ces sociétés qui cependant étaient réglementées différemment aux autres sociétés. Le point le plus important à étudier pour

nous dans ces sociétés, est celui concernant la responsabilité des *socii* entre eux et leur responsabilité vis-à-vis des tiers.

D'après M. de Savigny, le caractère spécial aux sociétés d'*argentarii* était la solidarité active et passive résultant des divers engagements « *Hoc quod argentario tuleris expensum, ab ejus socio repetere potes* » (1). Le tiers qui traitait avec l'un des *socii* pouvait poursuivre les autres associés *in solidum*, pourvu bien entendu que l'engagement ait trait à l'*argentaria*. Les *argentarii socii* étaient donc débiteurs et créanciers solidaires à raison des actes faits par l'un d'eux et sans qu'il soit besoin que cette solidarité fut spécifiée dans l'engagement (2). C'était là un principe absolument en contradiction avec celui reçu par le droit romain que chacun ne peut contracter que pour soi et nullement pour autrui. Ordinairement, en effet, les obligations ne naissaient qu'entre ceux-là mêmes qui avaient été parties au contrat. « *Si unus ex servi dominis jussit contrahi cum eo, is solus tenebitur* » (3). C'est probablement en raison même de l'importance des fonctions des *argentarii* et de l'extension de leurs opérations que l'on fut amené à déroger ainsi au droit commun afin de donner d'autant plus de garanties aux citoyens.

Cette question est toutefois fortement controversée, beaucoup ne veulent pas voir cette solidarité comme caractère des *societates argentariæ*. Ils prétendent que la plu-

(1) Cicéron. *Ad Herennium*, l. 13. — L. 27, p. D. 2, 14. — (2) D. l. 13, 2. *De institoria act.* — (3) D. l. 5, 1. *Quod jussu.*

part du temps, en effet, cette solidarité existait, mais qu'alors elle découlait purement de la convention.

Mais quels seront les effets de cette solidarité vis-à-vis des divers modes d'extinction des obligations? Pour le paiement, la dation en paiement et l'acceptilation qui agissent d'une façon absolue et libèrent entièrement le débiteur dès qu'ils se sont produits, il n'y a aucune difficulté, en recevant le paiement le *socius* éteint toute action de ses *socii* contre le tiers débiteur. Où il est moins facile de décider, c'est au sujet de la novation. Dans la loi 27 *de pactis*, Paul suppose que deux banquiers associés ont fait un prêt, puis l'un d'eux est convenu avec le débiteur qu'il ne serait pas poursuivi, le jurisconsulte se demande alors si l'exception *pacti* peut être valablement opposée à l'autre et il répond négativement, même au cas où le pacte serait *in rem*, en déclarant que la loi ou la convention en créant la solidarité n'avait eu pour but que de donner à l'un des associés ou contre lui la faculté de faire valoir la créance pour le tout par une action ou un fait agissant d'une façon absolue, tel que le paiement ou l'acceptilation, et qu'il n'en est pas de même du pacte *de non petendo in rem*, qui laisse survivre la créance. Il ajoute qu'il en était de même pour la novation, et il appuie cette solution sur la règle suivie pour les personnes en puissance qui ne peuvent pas nover, bien que ces mêmes personnes puissent valablement recevoir le paiement des sommes prêtées par elles. « *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit; an etiam alteri noceat exceptio? Neretius Attilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum ut soli-*

» *dum alter petere possit. Idem Labeo : nam nec novare*
» *alium posse quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his*
» *qui in nostra potestate sunt, rectè solvi, quod crediderint,*
» *licet novare non possint; quod est verum. Idem in duobus*
» *reis stipulandi dicendum est (1).* La fin de ce texte
« *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est* » a donné
lieu à bien des difficultés pour le concilier avec la loi 31
1. D. *de novationibus* qui semble le contredire entièrement.
L'explication de cette controverse nous entraînerait trop loin et ne se rattache d'ailleurs que d'une façon
indirecte à notre sujet.

Ainsi que nous venons de le voir, la novation et le
pacte *de non petendo in rem* faits avec le débiteur commun
ne sont pas opposables aux *socii* qui ne les ont pas sous-
crits. Au contraire, le pacte *de non petendo in rem* fait avec
l'un des *socii* débiteurs, profite aux autres. Nous trou-
vons ces principes exposés au *Digeste*, lois 24 et 25,
liv. II, titre XIV. « *Sed si fidejussor in rem suam spondit,*
hoc casu fidejussor pro reo accipiendus est; et pactum cum eo
factum, cum reo factum esse videtur. Idem in duobus reis
promittendi, et duobus argentariis sociis (2). » Nous voyons
que pour la solution à donner au cas de pacte *de non*
petendo in rem, il importait d'examiner s'il s'agissait de
socii créanciers ou débiteurs. Il est évident que si le pacte
de non petendo était *in personam*, les effets que nous venons
d'examiner ne seraient pas produits, il ne profiterait qu'au
débiteur qu'il désigne. Au cas de pacte *de non petendo in*
rem, consenti par l'un des créanciers *socii*, il est permis

(1) 27. D. *de pactis*. 2-14. — (2) 25. D. 2-14 et l. 24.

de croire, dit Didier Paillé, qu'il procure au débiteur poursuivi une exception de dol, pour la part que l'auteur du pacte aurait eue dans le montant de la créance (1).

Les sociétés d'*argentarii* n'étaient pas des sociétés universelles, elles ne comprenaient que les profits provenant de l'*argentaria*. Les gains faits par les *socii* en dehors de l'*argentaria* et par des opérations étrangères leur restaient particuliers. « *Etiam si maxime argentariæ societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quæsiit, id ad communionem non pertinere, explorati juris est* (2).

A Rome, toutes les branches du commerce et de l'industrie se trouvaient réunies et réglementées en espèces de corporations ayant chacune son existence et ses charges particulières. Les *argentarii* furent réglementés eux aussi en corporation, en *collegium* ayant à sa tête des *decani* ou doyens. La *Novelle 136* accorda à ce *collegium* de nombreux privilèges et nous trouvons encore des traces des diverses réglementations apportées à ces *collegia* dans la loi 5, code théodosien et dans l'Edit. VII.

Les *argentarii* n'étaient à Rome que de simples particuliers ayant quelques privilèges et réglementés par certaines règles spéciales à raison même de l'importance de leurs fonctions, et, dans l'exercice de leurs opérations de banques, ils n'étaient pas considérés comme fonctionnaires publics. L'opinion contraire a cependant eu des partisans. Elle s'appuyait sur la loi 12 D., qui excluait

(1) Didier Paillé. Cours. I. II. 301. — (2) D. 52-5. *Pro socio* 17-2.

les femmes du commerce de banque, mais ce texte lui-même donne *in fine* le motif de cette exclusion par ces mots : *cum ea opera virilis sit* (1); quant à la loi 10 D., 2-13 portant les mots : *quia officium eorum atque ministerium publicam habent causam*, que les partisans de cette opinion mettent également en avant, il nous semble qu'il y a une explication toute simple à donner de ce texte ainsi que nous l'avons déjà vu. Il paraît vouloir dire qu'à raison de son importance le ministère des *argentarii* se trouvait être et d'intérêt public et d'intérêt privé. De plus il y a un argument qui semble très fort contre cette opinion, c'est que si l'office des *argentarii* avait été fonction publique, on n'aurait pas laissé le plus souvent à des esclaves le soin de le remplir.

Après cet aperçu général des opérations et des fonctions des *argentarii* et de leurs divers caractères, nous allons les étudier un peu plus en détail. Sous une première partie, nous réunirons ce qui a trait à leurs diverses opérations ; sous une seconde, tout ce qui se rapporte à leur comptabilité ; et enfin, dans la troisième, nous traiterons des avantages qui leurs furent concédés.

(1) 12 D., 2. *de edendo*.

PREMIÈRE PARTIE

Des diverses fonctions des *Argentarii* et de leurs opérations

Les *argentarii* avaient des fonctions essentiellement complexes. Ils étaient à la fois changeurs, dépositaires, prêteurs et remplissaient en somme toutes les fonctions qui avaient trait au commerce de l'argent. De plus, dans certains cas, ils avaient des attributions spéciales ; ainsi, ils étaient chargés des ventes aux enchères et servaient de commissaires-priseurs. Nous allons successivement passer en revue ces diverses occupations des *argentarii*, en nous arrêtant davantage sur celles qui avaient vraiment trait au commerce de banque.

CHAPITRE PREMIER

DU CHANGE

C'est le change qui a dû être la première opération des banquiers, et peut-être même a nécessité leur création. En effet, à un moment donné surtout, le numéraire afflua à Rome. Après toutes les conquêtes, on vit circuler dans la capitale des vainqueurs tous les types de monnaies. Dès lors le commerce devint plus difficile, et pour apprécier la valeur de ces diverses monnaies, dont

la circulation menaçait de jeter de la confusion dans les négociations, il fallait des hommes ayant des connaissances spéciales, des hommes qui fissent leur profession d'étudier les différents types et leurs valeurs respectives et en qui les citoyens pussent avoir confiance. Les banquiers prirent cette branche de commerce, à laquelle ils pensaient bien ne pas se restreindre. Ils pratiquèrent ce qu'on appelle le change et trafiquèrent de l'argent romain pour de l'étranger, et vice versâ, opération qui prit le nom de *collybus*. Cette opération était d'ailleurs loin d'être facile, et il leur fallait des connaissances spéciales très étendues pour arriver à apprécier sûrement le taux et la valeur respectifs des différentes monnaies en circulation à Rome. Les *argentarii* ne pratiquaient que cette opération du change manuel, le contrat de change que nous avons chez nous et qui est si précieux pour la liberté et la facilité des relations commerciales n'existait pas alors. Il était absolument opposé à la législation formaliste et étroite des Romains et aurait été impossible à comprendre. Il y avait bien ce qu'on appelait les *permutationes*, ou encore la *procuratio in rem suam*, au moyen desquels on arrivait à transférer des créances, mais ce n'était pas là le vrai change. D'ailleurs, cette fonction, peut-être la première des *argentarii*, fut bientôt reléguée au second plan, à raison même du peu de profit qu'elle leur procurait comparativement au prêt et même au dépôt.

CHAPITRE II

DU DÉPÔT

Le dépôt a dû venir après le change. Quand par leurs opérations faites intègrement les *argentarii* eurent capté la confiance publique, on en vint jusqu'à leur déposer des sommes considérables. L'utilité du dépôt se fait encore comprendre de nos jours où il tient une grande place dans les diverses négociations de nos banquiers. C'est là une mission totale de confiance et on ne choisit d'ordinaire pour la remplir que ceux qui vous offrent et sûreté et surface et jouissent partout de la considération publique, les principes n'ont pas varié et sont encore les mêmes aujourd'hui, et malheureusement trop souvent cette considération n'est qu'un leurre pour mieux attirer à soi les capitaux et faire de plus nombreuses dupes. Surtout à Rome on comprend facilement la vogue que pouvait avoir ce contrat, qui semblait donner aux particuliers un moyen commode de mettre en sûreté relative leur fortune tout en leur permettant de la retirer à leur volonté. Les banquiers qui s'occupaient déjà du change des monnaies et avaient une boutique fixe, étaient tout indiqués pour recevoir les dépôts qui ne tardèrent pas à devenir une des premières branches de leur commerce.

Il y avait deux formes spéciales de dépôt, celui dit régulier et le dépôt irrégulier, et ce dernier était évidemment le plus important et le plus utilisé. Dans le dépôt

ordinaire ou régulier, le depositaire devait rendre au déposant absolument la même chose que celui-ci lui avait confiée ; si, par exemple, je vous ai déposé une bourse contenant cent pièces d'or, c'est cette même bourse que je vous devrai rendre avec les cent mêmes pièces d'or. Le *Digeste* nous offre des applications de ce dépôt dans des textes nombreux (1). Le déposant était alors seulement tenu de son *dol* ou de sa faute grave ; il est facile de comprendre que sa responsabilité ne se trouve pas davantage engagée puisqu'en somme il ne retire aucun intérêt du dépôt et que c'est seulement là un service qu'il rend. On conçoit qu'à l'origine les *argentarii*, à seule fin d'attirer à eux la confiance et en même temps les capitaux, aient consenti à recevoir ainsi des dépôts qui ne leur rapportaient aucuns profits, c'était là un moyen détourné de faire de la réclame. Mais bientôt le dépôt a dû devenir forcément salarié et dégénérer en une sorte de louage de services. « *Nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Et ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intelligitur* » (2).

Dans ce cas de dépôt l'*argentarius* n'était tenu qu'*in concreto* et de ses fautes lourdes, ainsi que nous l'avons dit, le déposant avait lui-même à s'imputer une négligence, il était juste qu'il en supportât en partie les con-

(1) L. 1.-3 ; D ; L. 32 D. 16-3 ; L. 4 D. 12-1. — (2) *Inst. Just.* III. 26. 13. — *Pellat*, textes choisis. 60 et s.

séquences. Nous trouvons cette raison expliquée aux *Institutes* : « *Præterea et is apud quem res aliqua deponitur, » re obligatur et actione depositi ; qui et ipse de ea re quam » accipiet restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur si » quid dolo commiserit, culpæ autem nomine, id est desidiæ » ac negligentie non tenetur ; itaque securus est qui parum » negligenter custoditam rem furto amiserit quia qui negli- » genti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id » imputare debet » (1).*

Le dépôt régulier a dû devenir de plus en plus rare chez les *argentarii*, gens intéressés par profession et qui se souciaient probablement peu de ces opérations qui ne pouvaient leur rapporter que de la considération, mais pas de profits. Peu à peu ces sortes de dépôts ont amené avec eux une gratification ; évidemment de tous temps les *argentarii* ont dû avoir de ces dépôts, mais ils ne faisaient plus cette opération gratuitement et devaient spécifier un salaire pour le service qu'ils rendaient ainsi. Alors, comme nous l'avons déjà dit, ce n'était plus là le dépôt, mais bien un louage de services.

A la différence de ce dépôt régulier, le dépôt irrégulier dut au contraire être fort usité en affaires de banque, en raison de ce qu'à la fois il profitait aux tiers et à l'*argentarius*. Dans le dépôt irrégulier, la propriété de la chose déposée passait au dépositaire qui était tenu de rendre non les mêmes choses déposées, mais des choses semblables en même qualité et quantité. De là par conséquent la responsabilité du dépositaire s'aggravait, et

(1) *Inst. Just.* III. 14-3.

même les cas fortuits devenaient à sa charge. « *Si pecuniam deposuero eam hancque in tibi commisero, mutuum* » *magis videtur quam depositum, ac per hoc periculo tuo* » *erit* (1). » Le dépôt irrégulier se rapprochait, en effet, beaucoup du *mutuum*. Dans les deux, la propriété des choses déposées ou prêtées passait à l'emprunteur ou au dépositaire. Mais dans le cas de dépôt, un simple pacte qui n'aurait pu créer une dette d'intérêts vis-à-vis du *mutuum*, en aura ici parfaitement la force (2). De plus, l'action qui sanctionnait les deux contrats n'était pas la même, le dépositaire est tenu de l'action *depositi* et le débiteur de la *condictio ex mutuo*. Dans certains cas, le dépôt dégénérât d'ailleurs en véritable *mutuum*; pour qu'il y ait dépôt irrégulier, il faut que les parties soient convenues dès la formation du contrat que le dépositaire pourra se servir de la chose déposée et se contenter de la rendre *in genere*; si cette convention ne vient qu'après coup, postérieurement à la formation du contrat, alors nous avons conversion du dépôt en *mutuum*. C'est un véritable prêt qui en résulte et non un dépôt irrégulier : « *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti;* » *Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur condicere,* » *quasi mutua tibi hæc posse aiunt : et est verum, ut et* » *Marcello videtur : animo enim cæpit possidere : ergo tran-* » *sit periculum ad eum qui mutuum rogavit et poterit ei* » *condici. Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si* » *voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit :*

(1) *Pauli sentent.* II, 12-9. — (2) Pellat, textes choisis. 60.

» *quoniam debitum iri non est certum* (1). » On aperçoit de suite l'importance que pouvait avoir ce genre de dépôt pour l'*argentarius* ; au lieu de recueillir un maigre salaire, il va se trouver maître de fonds qui vont augmenter son capital et lui permettre de se lancer dans de plus grandes entreprises. Ces dépôts ne vont pas rester inertes en sa possession, il va les faire fructifier et spéculer avec eux comme s'ils étaient sa fortune propre.

Le déposant n'avait généralement droit à aucun intérêt, toutefois, rien n'empêche de convenir *ab initio* que le déposant aura droit aux intérêts, les pactes adjoints *in continenti* à un contrat de bonne foi faisant la loi du contrat. « *Eum contractum*, dit Paul, *de quo quæritur, deponitæ pecuniæ modum excedere : ideo secundum conventionem usuræ quoque actione depositi peti possunt* (2). » Les intérêts pouvaient même être dus *ex morâ*, au moyen de l'action *depositi*. « *In iudicio depositi ex morâ fructus veniunt, et usuræ rei depositæ postulantur* (3). » Le dépôt irrégulier permettait donc aux déposants, tout en s'assurant contre la perte de leurs biens, de ne pas perdre l'intérêt de leur argent. Il y avait donc à la fois profit pour l'*argentarius* et pour le déposant.

Même on essayait d'encourager les citoyens à user de ces sortes de dépôts qui étaient favorables au développement du commerce. Le législateur pour encourager et protéger tout à la fois les déposants leur accordait dans

(1) L. 9-9 et l. 10. D. 12. 1. — (2) L. 26. D. 17-1. — (3) *Pauli sentent.* II. 13-9.

certains cas des privilèges particuliers qui les faisaient primer les autres créanciers de l'*argentarius*. On n'avait pas besoin de protéger le client au cas de dépôt régulier, un privilège n'aurait plus eu sa raison d'être, car à quoi aurait-il servi ? Au cas de dépôt régulier le déposant ne se désaisit aucunement de sa propriété, il la conserve au contraire par devers lui, il ne transmet à l'*argentarius* que la garde de la chose et il a contre lui pour se la faire rendre à première réquisition l'action *depositi* directe. Si l'*argentarius* vient à tomber en faillite le déposant régulier peut toujours revendiquer sa chose, il a gardé la propriété, il ne fait donc que reprendre son bien. Au contraire, le déposant au cas de dépôt irrégulier a aliéné sa propriété, il l'a transmise à l'*argentarius* sous la condition de lui rendre des choses de même qualité et quantité, si le banquier tombait en faillite le déposant ne pouvait revendiquer des objets dont il ne se trouvait plus propriétaire, il n'avait que la ressource de venir au même rang que les simples créanciers, les créanciers chirographaires. Il se trouvait donc alors dans cette situation fâcheuse d'avoir mis des biens dans les mains de son débiteur et de les voir servir à désintéresser les créanciers personnels de ce débiteur avant que lui déposant ne soit remboursé. C'était là évidemment une injustice à laquelle devait remédier le privilège que l'on accorda aux déposants irréguliers.

Ce privilège leur était accordé comme une faveur et seulement au cas où il n'y avait pas eu d'intérêts stipulés, car alors il était censé avoir voulu faire une simple spéculation et le risque de la perte était ou

devait être à ses yeux la compensation du gain qu'il pensait retirer de l'opération (1). Nous allons dire quelques mots de ce privilège accordé au déposant.

Lorsque l'*argentarius* faisait faillite il était chassé du *forum* ainsi que nous l'avons vu dans notre aperçu général, « *foro cedebat* ». Alors ses créanciers le saisissaient et faisaient vendre ses biens. Les créanciers hypothécaires étaient d'abord payés, puis ceux qui avaient des privilèges et enfin les créanciers chirographaires ; pour les privilèges on ne considérait pas le droit de priorité de date, tous ceux venant d'une même cause concouraient entr'eux et ils étaient tous primés par les créanciers ayant une hypothèque même postérieure. Nous avons dit que le déposant irrégulier avait alors un privilège pour se faire indemniser de la perte des choses qu'il avait déposées. Nous pouvons d'abord déclarer qu'il n'avait ce privilège que lorsque le dépositaire était un *argentarius* ; la raison d'être de cette particularité se trouve dans la protection que l'on offrait ainsi aux citoyens qui se sont laissés entraîner à confier leur fortune aux *argentarii* moins par confiance personnelle que en quelque sorte poussés et attirés par la considération et la confiance publique dont les banquiers jouissent. Ces raisons n'existeraient plus au cas où vous avez pris un de vos amis ou un particulier comme dépositaire. Il s'agit de savoir quel rang occupe ce privilège.

S'il y a plusieurs déposants ils viendront tous en concours pour l'exercice de leur privilège « *Item quæritur*,

(1) L. 24-2. D. 42-5.

» *utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt, an vero si-
» mul omnium depositariorum ratio habetur? Et constat,
» simul admittendos* » (1). Où il devient plus difficile de distinguer, c'est au sujet du rang du privilège de déposant par rapport aux autres privilèges et hypothèques; en effet, sur ce sujet le *Digeste* nous présente deux textes qui paraissent en évidente contradiction, et dont la conciliation a donné lieu à bien des systèmes.

En effet, dans la loi 24, liv. XLII, titre 5, on décide que les déposants ont un privilège s'exerçant après les autres privilèges, mais avant tous les autres créanciers. « *In
» bonis mensularii vendundis, post privilegia potio rem eorum
» causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem
» publicam secuti deposuerunt.* » Ainsi, d'après ce texte le privilège du déposant serait le dernier des privilèges. D'après la loi 7, livre XVI, titre 3, au contraire, le privilège du déposant primerait tous les autres, il viendrait d'abord et avant tous : « *Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est,
» eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas fœnore
» apud nummularios, vel cum nummulariis vel per ipsos
» exercebant : et ante privilegia igitur, si bona venierint,
» depositariorum ratio habetur : dummodo eorum qui vel
» postea usuras acceperunt, ratio non habeatur : quasi renun-
» tiaverint deposito* » (2). » Ce texte semble donc tout à fait opposé au premier que nous avons vu, et leur conciliation est difficile.

(1) L. 7.-3. D. 16-3. — (2) L. 7. 2 D. 16. 3. Pellat, textes choisis. 80.

Le premier système présenté par Cujas et Pothier essaie de concilier ces deux textes en déclarant que la loi 24 *in principio* prévoit le cas de déposants qui ne retrouvent plus les objets déposés en nature, tandis que la loi 7 se mettrait dans le cas de déposants retrouvant leurs objets en nature dans les biens de l'*argentarius*, espèce expressément prévue par la loi 24 *in fine*. Dans le cas de la loi 7, il est alors tout naturel de faire passer le déposant avant tous autres, il reprend les choses mêmes qu'il a déposées; dans le second, il n'a plus cette raison de préférence, alors on lui assigne une place avant les créanciers *chirographaires*, mais après les *privilegia* (1).

Il nous semble que, si telle avait été la pensée d'Ulpien, il l'aurait exprimée dans la loi 7 comme dans la loi 24. Dans cette loi, en effet, il règle expressément les privilèges de deux espèces de déposants; dans le paragraphe 2 *in initio* il s'occupe des déposants irréguliers, dans la condition ordinaire, c'est-à-dire qui ne retrouvent plus entre les mains de l'*argentarius* les choses qu'ils lui avaient confiées, ce à quoi ils devaient s'attendre, et ceux-là, il les place « *post privilegia* », puis il continue et distingue ceux des déposants qui par hasard retrouveraient les objets déposés en nature, et alors il leur accorde une sorte de revendication qui les fait venir avant tous les privilégiés.

« *Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acce-*
» *perunt, a cæteris creditoribus non separantur, et merito;*
» *aliud est enim credere, aliud deponere; si tamen nummi*
» *extent, vindicare eos posse puto a depositariis, et futurum*

(1) Cujas. *Comment. ad. lib. ix, quæst. Papiniani ad leg. 8 depositi.*

» *eum qui vindicat, ante privilegia* (1). » Il semble que si dans la loi 7 il avait voulu traiter des déposants placés dans cette espèce spéciale, il l'aurait exprimé comme nous venons de le voir faire dans la loi 24. Au contraire dans la loi 7 il a tout l'air de s'occuper des déposants irréguliers sans distinction, et dans le paragraphe 3 où il a dû s'occuper de la même chose que dans le n° 2, il règle le concours des déposants entre eux et déclare, ainsi que nous l'avons déjà vu, qu'ils viennent tous en concours. Si, comme le prétend le système que nous étudions, dans le numéro 2 Ulpien avait voulu parler de cette espèce particulière de déposants revendant les objets déposés retrouvés en nature, le paragraphe 3 ne signifierait rien, puisqu'il ne peut y avoir concours entre revendiquants. D'ailleurs tout prouve qu'Ulpien, dans la loi 7 comme dans la loi 24, a voulu traiter des déposants irréguliers en général. Dans le paragraphe 2 lui-même, la loi 7 exclut du privilège dont elle s'occupe ceux qui ont stipulé des intérêts du banquier, ce qui prouve que c'est bien du dépôt irrégulier donnant lieu à une simple *condictio* et non à une action en revendication, qu'il a voulu parler.

Dans le second système on essaie d'expliquer cette contradiction apparente par une distinction entre les banquiers. Le *mensularius* de la loi 24 serait un véritable fonctionnaire public, tandis que le *nummularius* de la loi 7 serait un simple banquier privé (2). Cette dis-

(1) L. 24-2. D. 42-5. — (2) Overbeck, *De collocacione depositi*. Gluck, *Pand.*, t. xv, 224.

inction repose sur les mots « *fidem publicam secuti* » compris en la loi 24. Ainsi que nous l'avons déjà vu, ces trois mots peuvent tout simplement vouloir dire que le déposant en se fiant à l'*argentarius* « a suivi la foi de celui qu'honorait la confiance de tous, la considération publique », et on ne voit nullement ressortir de cette explication un caractère officiel du banquier. D'ailleurs en admettant même l'explication donnée par ce second système, il serait au moins singulier que les déposants soient moins protégés au cas où ils se confient en un fonctionnaire public, que lorsqu'ils traitent avec un banquier privé. S'il y avait une différence à invoquer elle devrait l'être en sens contraire, et elle ne se comprendrait pas autrement. La loi 8 qui ne fait que compléter la loi 7 confond les *argentarii* avec les *nummularii* et parle également de leurs services publics.

Dans un troisième système, la loi 7 s'occuperait de déposants qui ont déposé chez l'*argentarius* l'argent qu'ils avaient eux-mêmes reçu en dépôt; ce serait un dépôt de secondes mains (1). La loi 24 elle, s'occuperait de déposants ayant simplement déposé leur argent. En principe, avant d'aborder ce troisième système, on peut dire qu'on ne verrait pas quelle raison donner pour traiter plus favorablement le dépositaire déposant que le dépositaire ordinaire; il n'a pas eu davantage de risques à courir que les autres en se confiant à l'*argentarius* et s'il y avait une différence à faire elle ne devrait certes pas être en sa faveur, et on pourrait au contraire tout au

(1) Pellat, *textes choisis*, 80.

plus le rendre responsable de la faute commise en abandonnant à un autre le dépôt qu'on lui avait donné.

Quoi qu'il en soit, les partisans de ce troisième système s'appuient principalement sur une partie du paragraphe 2 de la loi 7 « *solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt.* » Il semble que c'est aller bien loin chercher l'explication de ce texte que de dire qu'il veut parler de dépositaires qui ont déposé l'argent qu'on leur avait déposé. L'explication toute ordinaire nous semble être tout uniquement le commentaire du mot *depositariorum* que les auteurs employaient quelquefois comme ici, pour désigner les déposants et le plus souvent pour désigner le dépositaire. Ulpien s'étant servi de cette expression, pour éviter toute équivoque il l'explique par ces mots : « *eorum qui pecunias depositas habuerunt* », c'est-à-dire de ceux qui ont eu de l'argent déposé chez l'*argentarius*. Si nous lisons le paragraphe 3 de cette même loi nous voyons le mot *depositarii*, également employé pour désigner « *ii qui deposuerunt* » ceux qui ont fait le dépôt. Il n'est donc aucunement question de dépôt primitif. D'ailleurs, ainsi que nous l'avons dit, cette différence serait tout à fait anormale.

Dans un quatrième système, qui compte de nombreux partisans et est celui de M. Vangerow, on explique l'antonomie apparente des deux textes qui nous occupent en faisant les distinctions suivantes. On suppose trois cas différents et on leur applique les règles de la loi. Dans une première espèce, on suppose que les pièces de monnaies déposées se retrouvent en nature non confondues

avec les autres appartenant à l'*argentarius* ou aux tiers. Alors pas de difficultés, le déposant revendique ce qu'il a déposé, et il le reprend en primant ainsi les autres créanciers, il passe « *ante privilegia* » et nous nous trouvons dans l'espèce prévue par la loi 24-2 *in fine* « *Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis* ». Il reprend son bien, pas de concours possible.

Si au contraire on suppose que les pièces déposées ne se retrouvent plus en nature, qu'elles sont confondues avec les autres biens de l'*argentarius*, ou que celui-ci les a employées pour les besoins de son commerce, alors, disent les partisans de ce système, c'est le cas d'appliquer la loi 24-2 *in principio*, et le privilège du déposant est placé au dernier rang des privilèges. Le déposant ne peut prétendre revendiquer dans cette hypothèse, puisque rien ne lui concède ce droit. Il ne viendra qu'en sa qualité de créancier privilégié et sa place lui est fixée par ladite loi 24.

Si, enfin, on suppose qu'il se retrouve dans les biens de l'*argentarius* des sommes ayant le dépôt pour origine sans qu'on puisse fixer qu'elles proviennent de tel dépôt plutôt que de tel autre, si donc les sommes déposées existent mais sont ainsi confondues avec celles provenant d'autres dépôts, alors nous sommes dans le cas de la loi 7, paragraphes 2 et 3. Il ne peut y avoir lieu à revendication, aucun des déposants ne pouvant dire exactement ce qui lui appartient, alors on leur concède un privilège qui primera tous les autres, sur la masse des biens ainsi déposés et qui se retrouvent confondus. Et sur cette masse ainsi formée les déposants viendront tous

au même rang, ils concourront ensemble ; sur le reste des biens de l'*argentarius*, il ne viendront que comme créanciers privilégiés « *post privilegia* » et seront régis par la loi 24. Ainsi, les déposants commenceront par se payer sur les biens déposés, puis s'ils ne sont pas désintéressés intégralement, ils pourront s'attaquer aux autres biens de l'*argentarius*. Les partisans de ce système allèguent à l'appui la loi 8 du même titre, et c'est cette même loi qu'on leur oppose. En effet, tout en déclarant sur quels biens les déposants peuvent exercer leur privilège et en disant qu'il peut s'exercer non seulement sur les biens déposés mais sur tout ce que possède l'*argentarius*, elle ne fait aucune distinction, et elle met au même rang le privilège s'exerçant sur l'argent déposé et celui s'exerçant sur les autres biens. « *Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate quæ, in bonis argentarii, ex pecuniâ depositâ reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus* (1). » Alors nous retombons dans l'indécision puisque la loi 8 ne fait pas de distinction au point de vue du rang du privilège, et il s'agit de décider s'il s'exercera « *ante* ou *post privilegia* ». Les partisans de cette opinion repoussent l'objection fondée sur la loi 8 en déclarant que les textes d'Ulpien et celui de Papinien ont été maladroitement rapprochés par les compilateurs du *Digeste*, et qu'en outre le texte de Papinien a été mutilé et que le commencement disparu aurait probablement expliqué cette contradiction. Il nous semble que ce texte se lie si intimement et si complètement avec

(1) L. 8. D. 42-3.

la loi 7, qu'il est difficile d'admettre cette fin de non recevoir.

Un cinquième système, qui nous semble peu sérieux, argumente du mot « *fraudator* » trouvé dans la loi 8 pour décider que dans cette loi et la loi 7 le jurisconsulte a eu en vue un *argentarius* qui a fait en quelque sorte une banqueroute frauduleuse et a usé de dol et de fraude vis-à-vis des déposants ses créanciers, alors on concède à ces créanciers une sorte de privilège primant tous les autres, une sorte de revendication. C'est une espèce de faveur accordée au malheureux déposant victime du dol et de la mauvaise foi de son dépositaire. Dans la loi 24 le jurisconsulte ne viserait plus que le cas de l'*argentarius* faisant de mauvaises affaires, et s'occuperait seulement du rang du privilège. Malheureusement le mot « *fraudator* » paraît avoir dans notre texte un sens tout différent à celui qu'on lui donne dans ce système, il nous semble vouloir désigner un failli, et dans plusieurs autres textes il se trouve employé dans ce sens.

Enfin, un dernier système, très en faveur à l'Ecole de Paris, et qui explique en effet d'une façon plus satisfaisante les deux textes en question, distingue suivant que le dépôt est régulier ou non (1). Le dépôt est-il irrégulier, les déposants ne sont alors que de simples créanciers, ils ont perdu la propriété de leurs biens et n'en ont réclamé que de semblables. Régulièrement, ils devraient donc venir avec les autres créanciers chirographaires du dépositaire; toutefois, cela a paru trop sévère, et la loi 24

(1) Thèse de Dessolier. Paris, 1873. — Dietz. Paris, 1869.

leur accorde un privilège qui pourra s'exercer « *post omnia privilegia* ». S'ils ont stipulé des intérêts, alors la loi ne leur reconnaît plus de privilège, ils deviennent simples créanciers, ils ont voulu spéculer et doivent supporter les risques de leur opération. Par faveur également, si par hasard les objets déposés se retrouvent en nature dans les biens du dépositaire, la même loi leur accorde une sorte de revendication, qu'ils ne devraient pas pouvoir exercer puisqu'ils ne sont plus propriétaires. On pourrait peut-être dire pour compléter ce système que le dépôt irrégulier n'est en fait parfaitement accompli que par la consommation et que, le dépositaire n'ayant pas usé de cette faculté qui lui a été concédée, le déposant peut revendiquer comme pour le dépôt régulier. Ce système permet donc d'expliquer facilement le texte de la loi 24.

Pour la loi 7 il suppose qu'Ulpien n'a voulu parler que des déposants réguliers. Pour ceux-là il est tout juste de se montrer plus favorables que pour les déposants irréguliers. Ces derniers avaient une telle confiance en leur *argentarius* qu'ils ont été jusqu'à lui permettre de se servir de leur argent, jusqu'à lui en transmettre la propriété. Ils commettaient donc sinon une faute, tout au moins une imprudence, et il semblait équitable qu'ils en supportassent une partie des conséquences. Pour les déposants réguliers au contraire, ils n'ont confié à l'*argentarius* que la garde de leurs biens et cela peut-être forcés par la nécessité ou le danger, mais ils ont conservé devers eux la propriété, ils n'ont donc pas mis en leur banquier une confiance aussi

grande et aussi imprudente que les déposants irréguliers. Il semble équitable de les garantir davantage.

Comme point de départ de leur système ses partisans s'appuient sur les mots « *qui depositas pecunias habuerunt* » par lesquels le juriconsulte avait voulu exprimer l'idée de déposants qui ont conservé la propriété de leur argent bien qu'il soit déposé, cette explication nous semble un peu ingénieuse et appropriée aux besoins de la cause. Une fois cette explication admise, leur système se rapproche de celui de M. de Vangerow, comme lui on fait ici une distinction.

Ils supposent en premier lieu que les pièces déposées se retrouvent intactes en nature, alors la revendication est ici toute indiquée, les déposants ayant conservé la propriété, il n'y a pas besoin de leur accorder cette revendication comme une faveur, ils l'ont de droit et personne ne peut les empêcher de reprendre ce qui leur appartient.

Mais si les pièces déposées n'existent plus, l'*argentiarius* s'en étant servi pour ses besoins ou ceux de son commerce ? Les déposants qui sont ainsi frustrés de leurs biens ne peuvent plus avoir recours à la revendication puisqu'elle n'aurait plus d'objet, on ne revendique pas ce qui n'est plus, « *res extinctæ vindicari non possunt* ». Leur condition aurait donc été très mauvaise puisqu'ils en auraient été réduits à venir en concours avec les autres créanciers du depositaire infidèle. La loi, prenant alors leur situation en considération, leur accorde un privilège analogue en quelque sorte à la revendication à laquelle ils auraient eu droit, s'ils n'avaient été frau-

duleusement joués par l'*argentarius*. Ulpien s'occupant de ce privilège dans la loi 7 nous dit alors : « *et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur,* » et dans cette partie du texte il nous exprime bien à la fois et le rang du privilège et l'espèce prévue de la vente des biens, par suite de la disparition ou de la confusion des dépôts. Le paragraphe 3 de la même loi règle alors tout naturellement que tous les déposants viendront en concours, on ne voit pas entre eux de causes de préférence. Enfin la loi 8 qu'il était difficile d'expliquer avec les espèces prévues par les autres systèmes, s'explique simplement avec celui-ci. Elle ne fait que confirmer ce qui a été dit dans la loi 7 en le précisant, à savoir, que les déposants peuvent exercer leur privilège sur tous les biens du dépositaire. On oppose à ce système que cette même loi 7 n'a pas l'air de faire de distinction et qu'elle a l'air de mettre sur le même rang déposants réguliers et déposants irréguliers. Mais, en somme, il nous semble que de tous les systèmes proposés c'est ce dernier qui donne l'explication la plus plausible et la plus satisfaisante des deux textes en question et de leur apparente contradiction. La loi 7, il est vrai, déclare exclure du bénéfice du privilège tous ceux qui ont reçu des intérêts pour leur argent déposé et semble confondre dans cette prescription déposants réguliers et déposants irréguliers, et c'est là le point faible de ce système, qui nous paraît le plus logique, ainsi que nous l'avons déjà dit.

CHAPITRE III.

DU PRÊT.

Nous arrivons à la plus importante et la plus usuelle des opérations des *argentarii*, celle qu'ils devaient pratiquer le plus à raison même des avantages qu'elle leur procurait. Sans doute les *argentarii*, ainsi que nous venons de le voir, étaient aussi changeurs et dépositaires, mais avant tout ils étaient prêteurs, c'était là la première et la principale branche de leur commerce. Dépositaires des fonds des citoyens, ils en vinrent tout naturellement à chercher le moyen de les faire fructifier et d'en retirer le plus grand profit possible, et l'idée de faire des avances avec cet argent et d'en toucher des intérêts dût de suite leur sourire. En même temps qu'ils augmentaient leur fortune, ils étendaient leurs relations, et leur influence ne fit que s'en accroître. Sous le rapport des règles imposées aux prêteur et emprunteur, les banquiers restèrent soumis au droit commun, du moins à l'origine. Pour eux comme pour tous le *mutuum* se formait *re* et n'était pas par lui-même productif d'intérêts. Les *argentarii* se servaient principalement de *l'expensilatio* et pour fixer les intérêts ils en étaient réduits à faire une stipulation spéciale. Les *argentarii* ayant en mains des fortunes considérables, ne tardèrent pas à abuser de la situation en se faisant consentir par les emprunteurs sous la forme d'intérêts des rému-

nérations absolument exagérées. La législation ne pouvait longtemps rester indifférente en face de ces exigences injustes des *argentarii* et des autres prêteurs. La loi des XII tables la première essaya d'enrayer la marche de l'usure en établissant une limite au taux de l'intérêt, l'*unciarium fœnus*, et en punissant de la peine du quadruple le *fœnerator* qui dépasserait ce taux légal. Nous trouvons cette réforme mentionnée par Tacite. « *Nam primo XII tabulis sanctum, ne qui unciario fœnore amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletium agitaretur* » (1). Cette réforme ne fut pas suffisante pour arrêter l'usure qui, paraît-il, continuait ses ravages. De nombreux plébiscites, si l'on en croit Tacite, essayèrent de mettre un frein à ces dérèglements et de garantir les citoyens contre les demandes exagérées des prêteurs. « *Postremo vetita usura; multisque plebiscitis obviam itum fraudibus quæ totiens repressæ, miras per artes rursùm oriebantur* » (2). » Un plébiscite de 408 entr'autres abaissa le taux légitime de l'intérêt de moitié, soit au *semunciarium fœnus*. Enfin, à l'époque de Cicéron l'intérêt légitime le plus élevé prenait le nom de *centesima usura*, et c'est sous cette dénomination que nous le retrouvons désigné au temps de Justinien (3).

On s'est demandé ce que voulaient dire ces différents termes sous lesquels nous venons de voir successivement désigné l'intérêt légitime. Beaucoup d'opinions différentes ont été émises à ce sujet. Nous allons passer rapidement en revue les principales.

(1) Tacite, ann. VI. 16. — (2) Tacite. *Annales*. VI, 16. — (3) L. 26. *C. de usuris*. 4-32.

D'après Sigonius, Gravina, Gronovius, et avant eux Cujas, l'*unciarium fœnus* serait l'once de l'*as* usuraire, c'est-à-dire le douzième payable chaque mois de l'intérêt total d'une année, et l'intérêt total aurait été de douze pour cent. La loi des XII tables aurait donc fixé à douze du cent l'intérêt légitime et le plébiscite de 408 l'aurait abaissé à six pour cent (1).

Une seconde opinion, qui est celle de Stroth et de Niebuhr, est ainsi exposée par Ortolan. « Nous croyons, » dit-il, que *unciarium fœnus* désigne l'intérêt d'une once, » c'est-à-dire d'un douzième du capital par an; *semunciarium fœnus*, l'intérêt d'une demi-once, autrement » dit d'un vingt-quatrième du capital par an; et *centesima usura*, l'intérêt d'un centième du capital à payer » chaque mois aux calendes, par conséquent douze pour » cent par an. Dans les deux premières de ces locutions, » les plus anciennes, l'intérêt, fraction du capital, est » calculé suivant la vieille division romaine de l'*as* divisé » en douze onces, c'est-à-dire par douzièmes et pour » l'année; dans la troisième, la plus récente, il est calculé » suivant la division décimale par centième et pour » chaque mois (2). » Mais il restait à savoir quelle était l'année qui servait de base pour calculer ce taux d'intérêts? Était-ce l'année primitive des Romains, l'année de dix mois, ou celle de douze mois introduite par Numa? Le choix n'était pas indifférent puisqu'évidemment le taux de l'intérêt ne serait plus le même dans l'un et

(1) Caillemet. Des intérêts, 43. — Liégeois. De l'usure, 30. —

(2) Ortolan. *Institutes*. III. 364. Niebuhr. *Hist. Rom.*, t. V, p. 73.

l'autre cas. Niébuhr soutenait que l'année de dix mois avait été conservée, le taux de l'intérêt aurait donc été de dix pour cent ou de cinq pour cent. L'opinion que nous venons de citer, développée par Ortolan, semble concorder avec la vieille division romaine de l'unité, *as*, en douzièmes, *unciae*, et de l'habitude de partir de cette *uncia* pour établir tous les calculs.

Le taux de l'intérêt resta ainsi fixé à la *centesima usura* jusqu'à Justinien qui l'abaisse et le fit de plus varier en raison de l'importance et de la condition des contractants. Pour les *argentarii* et les commerçants, le taux de l'intérêt fut abaissé aux deux tiers. « *Illos vero qui ergaste-
» riis præsunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt,
» usquè ad bessem centesimæ (usurarum nominè in quocum-
» que contractu) suam stipulationem moderari (1).* »

Avant Justinien les *argentarii* étaient traités sur le même pied que les autres prêteurs en matière de prêt et d'intérêt. Le *mutuum* était également pour eux un contrat de droit strict essentiellement gratuit. Pour que les prêteurs puissent réclamer des intérêts, il leur fallait faire une stipulation spéciale à cet effet. On comprend facilement que lorsque les banques prirent de l'extension, il était à peu près impossible de recourir aux formes gênantes de la stipulation pour convenir des intérêts. Les *argentarii*, à raison même de leurs relations étendues, en étaient arrivés à se servir presque exclusivement du contrat *litteris*, pour constater leurs conventions. Pour les intérêts, ils en vinrent à ne point rédiger d'écrits,

(1) 26-1. Cod. 32-4.

dès lors, il se trouva des débiteurs qui nièrent la stipulation relative aux intérêts, et les *argentarii* trouvèrent difficilement à faire la preuve contre leurs clients. Afin de remédier à cet état de choses, Justinien, dans sa *Novelle* 136 décida que l'intérêt courrait au profit des *argentarii* de plein droit en l'absence de toute convention. « *Propterea sancimus, ut usuræ ipsis non solum ex stipulatione, sed etiam absque scripto præbeantur, nimirum tales quales ipsos leges stipulari permittunt, hoc est usque ad bessem centesimæ* (1). » Et pour motif de cette faveur accordée aux *argentarii* il en donne cette raison qu'il est impossible que l'*argentarius*, qui la plupart du temps prêtait avec de l'argent qui lui était déposé, puisse prêter sans intérêts cet argent pour lequel il est réduit à en servir : « *Cum non possit qui ipse usuras dependit, sine usuris dare impendia* (2). » C'était là une réforme radicale dont la raison est ainsi fort justement donnée par Justinien.

Une autre innovation de Justinien qui concerne également cette matière du prêt à intérêts est celle relative à ce qu'on appelait la « *Computatio dupli* ». Afin d'éviter l'augmentation indéfinie des dettes par l'adjonction successive d'intérêts dûs, les jurisconsultes décidèrent qu'ils cesseraient de courir quand leur accumulation égalerait la valeur du capital. La loi voulait empêcher la ruine des débiteurs qui laissent ainsi grossir peu à peu le capital sans s'en apercevoir. Cette réglementation avait toutefois cela d'injuste que sous prétexte de

(1) *Novelle* 136, ch. 4 *in fine*. — (2) *Novelle* 136, ch. 5 *in fine*.

protéger ainsi les débiteurs malheureux elle devenait en somme une sorte de prime accordée aux débiteurs inexact. Justinien, tout en conservant la *computatio dupli*, la modifia profondément. En effet avant lui, comme nous venons de le voir, on ne s'inquiétait que de la somme des intérêts dûs, il décida au contraire que même les intérêts payés devaient être comptés et que la somme de ces intérêts totalisés ne pouvait dépasser le montant du capital. *Et nos in hoc tantum differentiam » habeamus cum prioribus, quod illæ quidem debita cons- » tituant usque ad duplum, si nulla particularis facta » fuisset solutio ; nos vero recipiamus, ut particulares etiam » solutiones debita dissolvant, si usque ad duplum pertingant ; » sancimus ut secundum hoc fiat computatio »* (1) Cette mesure de Justinien était très défavorable aux *argentarii* qui avaient intérêt à faire grossir les dettes, et, elle protégeait les débiteurs contre eux. Justinien renouvela aussi la prohibition absolue de l'*anatocisme*. Ces mesures de précautions en faveur des débiteurs durent être tournées par les *argentarii* qui se voyaient ainsi enlever une part notable et facile de gains.

(1) *Novelle* 121, ch 2.

CHAPITRE IV

DU RECEPTUM

Le *receptum* ou *receptitium* était un contrat absolument particulier aux *argentarii* et provenait d'un usage peu à peu reçu et enfin sanctionné par la loi civile. On sait fort peu de choses sur ce contrat et on en est à son sujet à peu près réduit aux conjectures.

Le débiteur qui se trouvait en rapport avec un *argentarius*, au lieu de payer directement son créancier, le menait chez cet *argentarius* qui payait pour son compte ou du moins promettait le paiement pour un jour fixé. C'était de cette fixation de jour que venait le nom du contrat « *recipere, receptum*. » Cette promesse du banquier, bien que probablement faite sans solennité, n'en engendrait pas moins une obligation civile sanctionnée par une action, dite *actio receptitia*. Le *receptum* devait être d'une origine fort ancienne et vu son utilité par rapport aux fonctions des *argentarii*, on peut croire qu'il dût suivre de près leur fondation. Le prêteur le généralisa en établissant le pacte dit pacte de constitut, enfin Justinien fondit littéralement dans l'*actio de pecuniâ constitutâ* l'ancienne action *receptitia*. Le seul texte que nous trouvions sur ce contrat est la constitution qui le supprime. Ce texte semble dire que le *receptum* était un contrat solennel « *Receptitia actione cessante, quæ solemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis*

» *visum est magis pecuniæ constitutæ naturam ampliare* (1) » Nous croyons avec Ortolan et Didier Paillé qu'il n'en était rien. « Par exception aux règles ordinaires, dit Ortolan en parlant du *receptum*, cette promesse du banquier « quoique faite sans solennité, ni *verbis*, ni *litteris*, mais » par simple convention, était reconnue obligatoire par » la jurisprudence civile et il en résultait une obligation » de droit civil nommée *actio receptitia* » (2) La théorie de Justinien disant que le *receptum* se formait par des paroles solennelles, semble en contradiction avec le but même du contrat qui était de faciliter les opérations et de permettre à l'*argentarius* de s'engager même avec des clients non présents. De plus le constitut qui a été formé d'après le *receptum* ne demandait aucunes formes solennelles, et il paraît vraisemblable que le contrat qui lui a servi de modèle ne devait pas en demander davantage. Et cependant, comme nous l'avons vu, le texte de Justinien est formel et ne peut guère prêter à l'équivoque. Malgré cela l'opinion la plus générale n'y voit qu'un pacte légitime se formant « *solo consensu* » (3). La convention des parties se constatait probablement par un écrit remis par l'*argentarius* au créancier. Peut-être faudrait-il interpréter ce texte de Justinien ainsi que le faisait Pothier qui prétendait qu'il signifiait simplement que l'*actio receptitia* étant une action civile et de droit strict les juges étaient plus étroitement liés par la formule que par l'action prétorienne et de bonne foi, de *pecunia*

(1) 2. Code 4-18. — (2) Ortolan. Instit. II. 340 Didier-Paillé II-411. — (3) Didier Paillé. Institut. II-106 en note.

constitutà (1). Cette explication est un peu ingénieuse, quoi qu'il en soit nous croyons pour les raisons données ci-dessus à la non solennité du *receptitium* qui devait au contraire prendre les formes les plus simples afin de faciliter autant que possible les opérations des *argentarii*.

Le *receptum* devait avoir son utilité dans des cas nombreux. C'était là un mode facile de contracter une obligation sans recourir aux formalités gênantes de la stipulation. De plus, il dut servir, comme plus tard le pacte de *constitut*, à modifier l'obligation principale, à changer le terme ou le lieu du paiement. Dans le cas où la première dette n'était que naturelle, le *receptitium* devait aussi présenter l'avantage de sanctionner cette dette par une action. D'ailleurs, la créance qui naissait du *receptitium* avait pour caractère de n'être possible qu'envers les banquiers et de n'exiger aucune dette préexistante du client envers le banquier ou du banquier envers le client ou le tiers qui recevait la promesse (2). Le *receptitium* servait principalement à faire des paiements pour les clients de l'*argentarius*. Le débiteur y trouvait l'avantage de n'avoir pas besoin de se déranger ni de déplacer et mettre en circulation d'autre argent pour payer son créancier. D'autre part, le *receptitium* avait bien ses avantages pour le créancier lui-même; payé par l'*argentarius* il n'avait rien à craindre au sujet des pièces qu'il recevait. L'*argentarius* par profession devait connaître la valeur et les types de toutes les monnaies, et dans beau-

(1) Pothier, *ad Pandect de pecunià constitut*. — (2) Didier-Paillé. *Institut*. II, 411.

coup de cas où un simple particulier pouvait se tromper en cette matière, ou tout au moins hésiter, l'*argentarius* agissait avec sûreté et hardiesse. Il valait donc mieux pour le créancier être payé par un homme du métier que par un simple citoyen ne se connaissant guère dans ce commerce de l'argent. De plus, le *receptitium* lui donnait une garantie nouvelle en lui fournissant un nouveau débiteur, car il est probable que ce contrat ne déchargeait pas le débiteur principal. Et il y a tout lieu de croire que si par le *receptitium* l'*argentarius* se trouvait engagé envers le créancier de son client et sous le coup de l'action *receptitia*, le client débiteur primitif était également tenu de l'action de la première obligation, il y avait là deux actions différentes ayant chacune leur cause bien distincte. *Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is pro quo constituit obligatus manet* (1), disait-on pour le constituant, et il devait en être de même pour le débiteur se servant du *receptum*. Comme conséquence la *litis contestatio* entre le débiteur *argentarius* et le créancier ne libérait pas le débiteur primitif. Il y avait, semble-t-il, entre l'*argentarius* et la personne à qui il avait promis le paiement des relations semblables à celles que crée entre le tireur et le tiré l'acceptation de la lettre de change. L'*argentarius* devait payer, qu'il y eut ou non dette antérieure. L'*argentarius* devenait donc une sorte de fidéjussur s'engageant à payer au lieu et place du débiteur. Mais si la fidéjussion et le *receptum* ont des points de ressemblance, il existe entre eux de graves différences.

(1) L. 28. D. 13-5.

A l'époque classique, les fidéjusseurs se trouvaient dans une position très mauvaise, ils pouvaient être attaqués et se voir contraints de payer avant le débiteur principal ou avant leurs cofidéjusseurs. Les empereurs modifièrent successivement leur position. Les deux bénéfices principaux qui leur furent accordés sont les bénéfices de division et de discussion. Le premier de ces bénéfices fut créé par l'empereur Adrien, par un célèbre rescrit connu sous le nom de « *Epistola divi Adriani* ». Aux termes de ce décret, le fidéjusseur poursuivi pouvait exiger que le créancier divisa son action entre tous les cofidéjusseurs solvables au moment de la *litis contestatio*. Cette disposition ne s'étendait pas aux *argentarii*.

Le bénéfice de discussion fut créé par Justinien, qui l'appliqua aux fidéjusseurs qui purent dès lors requérir d'abord la discussion du débiteur principal. Le bénéfice de discussion n'appartenait pas aux *argentarii*; Justinien ne leur permit pas de l'invoquer (1). En effet, s'ils avaient pu invoquer ce bénéfice, les débiteurs, voulant assurer à leurs créanciers un paiement plus rapide ou plus facile, qui se seraient ainsi adjoint un *argentarius*, n'auraient pas atteint leur but, et au contraire auraient apporté de nouvelles entraves à leurs conventions. Les *argentarii* se trouvèrent ainsi condamnés à ne pouvoir opposer un bénéfice que les cautions de leurs débiteurs employaient à leur égard. Justinien, pour remédier à cet inconvénient, leur permit lorsqu'ils feraient des prêts de stipuler des diverses cautions de leurs débiteurs que le bénéfice de

(1) *Novelle* 4. c. 3-1.

discussion ne pourrait être invoqué par elles, chacun, en effet, est libre de renoncer à un droit que lui confère la loi « *unicuique integrum est his quæ ipsi a lege data et concessa sunt renunciare* (1). »

La création du *receptum*, du moins si on admet qu'il n'exigeait point de formes spéciales, était un véritable progrès à cette époque en ce qu'elle permettait aux *argentarii* et à leurs clients de faire des opérations faciles et rapides. Ses avantages étaient si bien reconnus que le prêteur, ainsi que nous l'avons déjà dit, généralisa cette institution en l'appliquant à tous les citoyens. Il déclara que lorsqu'un citoyen aurait constitué un jour pour le paiement d'une dette préexistante, il ferait exécuter cette convention. Comme sanction l'action de *pecuniâ constitutâ* fut créée. Une grande différence qui subsista avec le *receptitium* était que ce dernier contrat s'appliquait même alors qu'il n'y avait pas de dette préexistante, *cum secundum antiquam receptitiam actionem res exigebatur etiam si quid non fuerat debitum* (2), le pacte de *constitut* exigeait au contraire qu'il y eût une dette antérieure. De plus, à son origine le *constitut* ne s'appliquait qu'aux choses *quæ numero, mensura, pondere consistunt*; Justinien l'étendit à toutes sortes de choses, et l'action *receptitia* fut fondue dans l'action de *pecunia constituta*. « *Et omnia quæ de receptitia in diversis libris legumlatorum posita sunt, aboleantur; et sit pecuniæ constitutæ actio omnes casus complectens, qui et per stipulationem possunt explicari* (3). »

(1) *Novelle* 136, ch. 1. — (2) 2. C. pr. 4-18. — (3) 2. C. 4-18.

CHAPITRE V

DES OPÉRATIONS ÉTRANGÈRES A LA BANQUE

Nous ne dirons que quelques mots de ces opérations dans lesquelles l'*argentarius* n'agissait point comme banquier proprement dit. Les *argentarii*, par leur fortune et les services qu'elle les mettait à même de rendre et aux particuliers et à l'Etat avaient acquis une grande influence. De plus, leurs connaissances spéciales en tout ce qui avait trait au commerce de l'argent les plaçaient au premier rang comme tout désignés pour remplir certaines fonctions. Ce fut ainsi qu'on les chargea de procéder à l'épreuve des monnaies, de prononcer sur leur sincérité et leur valeur, et même le plus souvent les *argentarii* servaient de sorte d'intermédiaires entre les citoyens et l'Etat pour livrer au commerce ces nouvelles monnaies.

De même comme fonctions remplies par les *argentarii* agissant en dehors de leurs opérations de banque, nous pouvons mentionner les ventes à l'encan où ils figuraient comme sortes de commissaires-priseurs. Ils se chargeaient de vendre les objets qu'on voulait bien leur confier; ils pouvaient en effet mieux que tous autres tirer parti de la valeur de ces objets et les faire valoir aux yeux du public qui devait avoir plus de confiance dans leurs connaissances et leur habitude de ces sortes d'affaires. Non seulement ils opéraient ainsi les ventes aux enchères amiables, mais de plus ils faisaient aussi des ventes publiques

et aux enchères, « *auktionen* », des objets laissés en gages par leurs clients et qui n'étaient point retirés. Ils opéraient alors avec l'aide d'un *præco* ou crieur public, et de *coactores* dont nous avons déjà parlé, et qui étaient chargés de percevoir le prix des enchères.

Le paiement du prix de l'achat étant en corrélation avec la tradition de la chose achetée, l'*argentarius* se voyait forcé de livrer les choses adjudgées avant d'en réclamer le prix. Cela leur faisait courir les risques de l'insolvabilité de leur nouveau débiteur et ensuite était une grande entrave pour la rapidité de leurs opérations. Ils ne pouvaient cependant attaquer le débiteur en paiement avant la livraison de la chose sous peine de se voir opposer l'exception *rei venditæ non traditæ* (1). Pour éviter ces inconvénients, ils déclaraient avant l'ouverture des enchères que le prix d'achat serait exigible avant la tradition des objets vendus, et dans ce cas, si l'acheteur opposait à sa demande une exception, l'*argentarius* pouvait légalement y répondre par une *replicatio* et conserver son droit de rétention jusqu'au paiement intégral du prix. Nous trouvons ce point de droit traité pour l'*argentarius* dans le Commentaire IV de Gaius. « *In-
» terdum evenit, dit-il, ut exceptio quæ prima facie justa
» videatur, inique noceat actori..... Item si argentarius
» pretium rei quæ in auctione venierit, persequatur, objicitur
» ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res
» quam emerit, tradita esset; quæ est justa exceptio; sed
» si in auctione prædictum est, ne ante emptori traderetur*

(1) Gaius. IV, 126.

» *res quam si pretium solverit, replicatione tali argentarius adjuvatur : aut si prædictum est ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit* (1). »

Dans plusieurs autres textes nous trouvons des passages ayant trait à l'*argentarius* exerçant la fonction de vendeur ; ainsi la loi 18 *Digeste. De hereditatio petitione*, 5-3, nous parle de biens d'une hérédité vendus par les soins d'un *argentarius*. Sans doute pour remplir ces diverses fonctions l'*argentarius* devait percevoir une rémunération quelconque qui consistait peut-être en un tant pour cent sur la vente ainsi que nous voyons cela se faire de nos jours. Toujours est-il que ces opérations n'étaient en quelque sorte que secondaires pour les *argentarii*, et le plus souvent quand ils les remplissaient c'était un peu pour leur propre compte, pour vendre les gages laissés entre leurs mains par leurs clients et rentrer ainsi dans leurs déboursés.

CHAPITRE VI

DE L'EXCEPTION

Non numeratæ pecuniæ

L'exception *non numeratæ pecuniæ* bien que d'une application commune à tous les citoyens, jouait principalement un grand rôle dans les opérations des *argentarii*. Cette exception fut créée pour venir en aide aux débiteurs et prévenir des fraudes qui étaient assez fréquentes en

(1) Gaius. Com. IV. 126 *in fine*.

pratique. En effet l'*expensilatio* et la stipulation par exemple, lient par elles-mêmes le débiteur. Si donc on suppose qu'il ait été fait une stipulation et qu'une fois les paroles solennelles, prononcées le créancier n'ait pas versé les fonds stipulés au débiteur, et qu'il le poursuive en paiement de ces mêmes fonds, cet emprunteur se trouvera ainsi dans une position fâcheuse. Il pourra, il est vrai, opposer à cette demande l'exception de *dol* ou une exception *in factum*, mais il n'en est pas moins évident que cependant il supportera le fardeau de la preuve. Ce sera à lui de prouver qu'il n'a pas reçu les fonds et qu'ainsi la demande du créancier est entachée de *dol*. « *Agere etiam is videtur qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est* ».

Peu à peu on en arriva à décider que si la promesse avait eu lieu pour cause d'un prêt d'argent le débiteur qui se prétendrait lésé ainsi que nous l'avons dit, aurait pour se défendre une exception de *dol* rédigée *in factum* qui prit le nom d'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Le caractère particulier à cette exception était de laisser la charge de la preuve au demandeur primitif parce que, d'après Dioclétien et Maximien, généralement un fait négatif ne se prouve pas. La vraie raison de cette dérogation aux principes ordinairement reçus, est d'après Ortolan, que l'intervention de la promesse verbale, ou de la promesse par *chirographum* pour cause de prêt avait lieu souvent chez les Romains avant la numération des espèces; qu'il y avait là pour le créancier un moyen facile de fraude; qu'en s'éloignant toujours davantage du strict droit civil on considéra de moins en moins les

paroles et l'écriture et de plus en plus la réalité du *mutuum* ; de telle sorte qu'on finit par exiger du créancier la preuve de cette réalité. « *Exceptione opposita seu » doli seu non numeratæ pecuniæ, compellitur petitor pro-*
» *bare pecuniam tibi esse numeratam ; quo non impleto,*
» *absolutio sequetur* (1). » Cette exception était très importante pour les *argentarii* dont les opérations avaient presque toutes pour bases le commerce de l'argent, et qui, par conséquent, pouvaient se la voir opposer à leurs demandes et poursuites. L'innovation ainsi accomplie avait son bon côté en ce qu'elle venait au secours des débiteurs trop souvent victimes de fraudes, ainsi que nous l'avons dit, mais il ne fallait pas en l'exagérant tomber dans l'excès opposé, et sous prétexte de protéger les débiteurs rendre la position insoutenable aux créanciers. Les *argentarii* entr'autres faisant continuellement des prêts, puisque tel était le but de leur institution, se seraient trouvés livrés à la mauvaise foi de leurs débiteurs qui, après un espace de temps quelconque, auraient pu toujours opposer à leur poursuite l'exception *non numeratæ pecuniæ*. La preuve, déjà si difficile pour les particuliers, l'était bien davantage pour les *argentarii* en raison même du nombre de leurs opérations et du temps écoulé depuis le versement dénié. Aussi cherchait-on à concilier les intérêts des débiteurs et des créanciers sans sacrifier les uns au profit des autres et prit-on à cet égard diverses dispositions que nous allons parcourir.

(1) 3. C. 30-4. — 14 C. 30-4.

L'obligation pour les créanciers de faire la preuve du versement des fonds ne fut pas illimitée, elle fut circonscrite dans un délai de cinq années. Pendant ce délai le débiteur pût mettre son adversaire en demeure de démontrer la numération des espèces. « *Si quasi accepturi* » *mutuam pecuniam adversario cavistis, quæ numerata non* » *est, per condictionem obligationem repetere, si actor non petat;* » *vel exceptione non numeratæ pecuniæ adversus agentem uti* » *potestis* (1). » Il y aurait eu une fraude bien facile pour le créancier, c'eût été d'attendre, pour poursuivre son débiteur, l'expiration du délai de cinq ans pendant lequel on pouvait valablement lui opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Alors, dans le cas d'inertie du créancier on permettait au débiteur d'agir pour se faire libérer de son obligation.

Justinien réforma d'une façon importante l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Il réduisit d'abord le délai à deux ans, mais il donna aux débiteurs un moyen facile de se précautionner contre l'inaction voulue du créancier pendant ce délai. Il leur suffisait en effet de faire dans les deux ans de la formation du contrat ou de la rédaction de l'écrit, signification au créancier, ou s'il n'est pas présent, une déclaration sur les registres du magistrat indiquant leur intention d'opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Leur droit de temporaire devenait alors perpétuel (2). Si le débiteur est assez négligent pour laisser passer le délai sans faire cette déclaration, alors il est déchu de son droit et son silence prend la valeur d'un

(1) 7. C. 30-4. — (2) 14-4. C. 30-4.

aveu, il est censé reconnaître le bien fondé des demandes du créancier.

L'expiration du terme de deux ans affecte la preuve du droit, mais n'en change pas l'origine. Ainsi, s'il y avait eu un écrit probatoire, ses assertions deviennent définitives et inattaquables en ce qui concerne la preuve du *mutuum* qu'elles concernent, mais le débiteur ne sera tenu qu'en vertu d'un *mutuum* légalement présumé et non en vertu de cet écrit. Le contrat *litteris* a disparu, au moins il n'est plus tel qu'on le comprenait auparavant. « En définitive, dit Ortolan, le *chirographum* et la promesse sur stipulation pour prêt d'argent ne produisent plus par eux-mêmes d'obligation efficace, si ce n'est au bout du temps fixé (1). »

On a prétendu, et c'est là une question qui a soulevé des controverses, que Justinien avait garanti les *argentarii* contre les inconvénients de l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Ce qui est certain, c'est qu'il les régla d'une façon particulière dans certains cas que nous allons étudier.

A mesure que l'habitude de l'écriture se généralisait pour constater les obligations, augmentait aussi le nombre des faux et des simulations d'écriture. Et même on en était arrivé à un tel point qu'il devint nécessaire d'y remédier, et on fut amené à décider qu'on ne pourrait désormais opposer à son débiteur qu'un acte authentique ou un acte privé, dont la signature se trouverait corroborée par d'autres actes signés de la même per-

(1) Ortolan. *Instit.* III, 263.

sonne ou attestée par trois citoyens, personnes honorables, remplissant l'office de témoins certificateurs (1). C'était là une garantie sérieuse pour les débiteurs, mais aussi d'un autre côté une entrave très gênante pour les prêteurs. Les *argentarii* surtout se plaignaient des difficultés que ces exigences mettaient à leurs opérations, et même quelquefois de l'impossibilité d'agir qui en résultait. Le plus souvent, en effet, ils prêtaient aux principaux citoyens de Rome qui évidemment ne devaient se soucier nullement de divulguer leurs embarras d'argent et le secret de leurs affaires. L'*argentarius* se trouvait donc placé en quelque sorte dans une impasse, il lui fallait ou se fier à l'honnêteté de son client ou se résigner à perdre des affaires souvent importantes. Les *argentarii* pour améliorer leur position, demandaient que les reconnaissances écrites par leurs clients ou les comptes approuvés par eux fussent assimilés aux actes émanant des fonctionnaires publics. Les actes publics faisaient foi de leur forme et de leur contenu, il ne pouvait donc y avoir lieu de leur opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Justinien chercha le moyen de rendre meilleure la situation des *argentarii* tout en sauvegardant celle des débiteurs. Il fit alors dans son *Edit. vii, Caput. ii*, une distinction. Si l'*argentarius* produit un écrit de la main du débiteur et que celui-ci ou ses ayants cause n'en contestent pas la sincérité, l'écrit vaudra autant qu'un acte public pour faire foi de sa forme et de son contenu vis-à-vis du débiteur, et il ne pourra pas lui être opposé

(1) 20. C., 21-4.

l'exception *non numeratæ pecuniæ* (1). « *Si istiusmodi*
» *illorum qui contraxerunt propria manu scriptas litteras*
» *argentarii proferant, quas aut ipse cujus esse dicuntur,*
» *aut ipsius heredes successoresve non possunt cum jurejurando*
» *abnegare, tanquam procul dubio ab illo cujus præ se nomen*
» *ferunt, scriptæ sint, numeratam pecuniam non esse opponi*
» *nequeat* » (2). Si au contraire l'écrit n'est pas de la
main du débiteur, ou si sa signature est contestée, alors
il y aura lieu à une véritable vérification. On comparera
l'écrit à d'autres émanés de la même personne et sur
lesquels il n'y a aucune contestation ; et alors, si cette
vérification fait ressortir la sincérité de l'écrit, il vaut
autant que tout autre écrit authentique « *firmaque sint,*
» dit Justinien, *nec minorem quam publica instrumenta*
» *vim et auctoritatem habeant, non ex firmitate et vigore*
» *qui illis insit sed ex sola forma.*

Par sa *Novelle 136* Justinien réglementa dans un autre
cas relativement à cette même exception la position des
argentarii. Il s'agissait principalement des comptes pré-
sentés par les *argentarii* et qui bien qu'approuvés et
signés par les débiteurs étaient ensuite déniés par eux,
sous prétexte que les fonds n'avaient pas été versés.
Justinien décida que les comptes dans lesquels chaque
opération faite par l'*argentarius* est détaillée avec sa
cause ne pourraient pas être repoussés par l'exception
non numeratæ pecuniæ lorsqu'ils auront été signés du
débiteur. On suppose que le débiteur a été assez pru-
dent pour ne pas signer des comptes portant comme

(1) *Novelle 136*, ch. v. — (2) *Edict. vii, caput. ii.*

versés des fonds qu'il n'avait jamais reçus ; si, contre toute vraisemblance, il avait été assez négligent pour approuver des comptes faux alors il était juste qu'il supporta le poids de sa faute. Cependant il avait une ressource, s'il se trouvait encore dans le délai pendant lequel il aurait pu intenter l'exception *non numeratæ pecuniæ*, on lui laissait la faculté de déférer le serment au créancier ou à ses héritiers (1).

Ainsi que nous l'avons vu dans ces deux textes, les *argentarii* sont protégés contre l'exception *non numeratæ pecuniæ* dans certains cas, mais il n'en résulte pas que dans tous les cas on ne puisse leur opposer cette exception.

(1) *Novelle 136, caput. vi.*

DEUXIEME PARTIE

De la comptabilité des *argentarii* et de ses conséquences au point de vue des obligations et des clients

CHAPITRE PREMIER

DES LIVRES DES ARGENTARII

Les *argentarii* étaient obligés de tenir régulièrement sur leurs livres l'état de leurs diverses opérations. Cette tenue régulière des livres avait pour but d'éviter des catastrophes en éclairant l'*argentarius* sur sa situation et en même temps de lui conserver des preuves des opérations faites. Et comme conséquences de cette tenue de livres, ainsi que nous le verrons, les *argentarii* étaient soumis à un système de compensation particulière et de plus pouvaient être contraints de produire ces livres en justice.

Dans les premiers temps de Rome, cette tenue de livres n'était pas particulière aux *argentarii*; quand les

lettres furent introduites et répandues, tous les chefs de famille tinrent un registre domestique dans lequel étaient consignés jour par jour leurs opérations, leurs bénéfices et leurs dépenses. Ce registre prenait le nom de *Codex*. Les *patresfamilias* prenaient leurs notes d'abord sur une espèce de brouillon appelé *adversaria* et les transcrivaient régulièrement tous les mois sur le *Codex*. L'austérité et la foi primitives donnèrent un caractère de sanction presque religieuse et publique à ces tables domestiques (1), et nous trouvons dans beaucoup d'auteurs des traces du crédit qu'on y attachait. Ce crédit d'ailleurs ne concernait que le *Codex* qui était le seul digne de foi. Cicéron, dans son plaidoyer *pro Roscio*, nous donne un aperçu des différences existant entre les *adversaria* et le *Codex*. « *Quid* » *est quod negligeret scribamus adversaria? Quid est quod* » *diligenter conficiamus tabulas? Qua de causa? Quia hæc* » *sunt menstrua, illæ sunt æternæ; hæc delentur statim,* » *illæ servantur sanctæ; hæc parvi temporis memoriam,* » *illæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplec-* » *tuntur; hæc sunt dejecta, illæ in ordinem confectæ. Itaque* » *adversaria in iudicium protulit nemo; codicem protulit,* » *tabulas recitavit (2).* » Cet usage des *tabulæ* domestiques se perdit peu à peu. Elles furent tenues de plus en plus irrégulièrement et n'eurent plus par ce fait le crédit qui les rendait précieuses. Les citoyens s'adonnant au luxe et ayant recours à toutes sortes de moyens pour se le procurer, ne se souciaient pas probablement de fixer

(1) Ortolan. *Institut.* 3, 242. — (2) Cicéron. *Pro Roscio-oratio*, 3-2.

et de livrer les secrets de leurs opérations. On peut également avancer, à ce qu'il nous semble, que le développement de l'influence et de la prépondérance des *argentarii* ne fut pas étranger à cette disparition des *tabulæ* chez les simples particuliers. En effet, ainsi que nous l'avons vu, nombre d'opérations se faisaient par l'intermédiaire des *argentarii*. Or, ceux-ci devaient tenir régulièrement leurs livres et pouvaient être contraints de les produire en justice pour les besoins de leurs clients. Dès lors, il n'y avait plus de raison de s'astreindre à tenir régulièrement ses livres particuliers puisqu'au besoin on pouvait facilement se renseigner pour la plupart de ses opérations, auprès de l'*argentarius*. Les *argentarii* furent donc les derniers chez qui se conserva cet usage. Nous allons dire quelques mots des opérations que relatait le *Codex* et de sa tenue.

Les inscriptions comprises au *Codex* étaient de deux sortes bien différentes; les unes y étaient portées simplement à titre probatoire et prenaient le nom d'*arcaria nomina*, elles ne servaient aucunement de cause à une obligation, mais seulement de preuve « *nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere* (1). » Les autres formaient de véritables obligations et prenaient proprement le nom de *nomina*. Dans ces dernières inscriptions, qui sont évidemment les plus importantes, les contractants inscrivaient l'argent comme pesé et donné d'une part « *expensum ferre* », et comme pesé et reçu de l'autre, « *acceptum referre* », d'où vient le nom de « *Codex*

(1) Gaius. *Com.* 3. 131.

accepti et expensi », donné au livre où se consignaient ces inscriptions. D'ailleurs, il suffisait que le créancier inscrivit sur son *Codex* le *nomen* avec le consentement ou sur l'ordre du débiteur, il n'était pas nécessaire que le débiteur consignât de son côté l'opération sur ses registres. Sans doute, c'était là un devoir pour le débiteur, mais cette obligation n'influaient que sur la preuve du contrat et nullement sur sa formation pour laquelle deux choses seulement étaient exigées, l'inscription de l'*expensilatio* sur le registre du créancier et le consentement du débiteur à cette inscription. Le premier point était facile à prouver, il suffisait à l'*argentarius* créancier de produire son *Codex*; mais, pour le second, il n'en était pas ainsi. Dans l'usage, pour éviter toute difficulté, on faisait intervenir des témoins, *pararii*, qui venaient attester que les mentions avaient été portées par le créancier sur son *Codex* du consentement formel du débiteur. Le créancier pouvait d'ailleurs prouver ce consentement par tous les moyens possibles. « *Ille per tabulas, plurimum nomina, interpositis parariis facit* (1). »

Quant à la nature et à la rédaction du *Codex*, il y a controverse. Il est probable que c'était une sorte de livre de caisse où les opérations se trouvaient consignées au fur et à mesure de leur exécution (2). Il devait être rédigé en partie double, c'est-à-dire avoir une page pour l'*expensum*, et une autre en regard pour l'*acceptum*. « *Huic* » *omnia expensa, huic omnia feruntur accepta; et in tota*

(1) Sénèque. *De beneficiis*, liv. III, 15. — (2) Mainz. *Elém. de Droit rom.* II, 311.

» *ratione mortalium, sola utramque paginam facit* (1). » Il y a une autre opinion qui veut voir dans le *Codex* un livre de commerce analogue aux grands-livres de nos commerçants actuels, où se trouvent ouverts des comptes particuliers au nom de chacun des clients (2). Ce système semble difficile à soutenir, à moins que l'on ne prétende l'appliquer exclusivement aux *argentarii*. Mais nous n'avons aucuns textes à mettre en avant pour prouver cette réglementation spéciale aux *argentarii*, il faut donc en conclure qu'ils rentraient sur ce point sous le joug de la loi commune. D'autre part, il paraît peu vraisemblable que les particuliers aient ouvert sur leurs livres un compte particulier pour chacun de ceux avec qui ils traitaient. Cette manière de procéder suppose évidemment un grand rayon de relations et d'affaires, une suite continue de relations commerciales avec les mêmes clients. Elle se serait très bien comprise pour les *argentarii*, et il est même possible que, pour la commodité de leur commerce, ils aient tenu de leur propre gré leurs livres de cette façon, ou du moins qu'ils ont eu d'autres livres où ils ouvraient ainsi des comptes au nom de chaque client.

Ainsi que nous l'avons dit, les inscriptions du *Codex*, les *nomina*, produisaient de véritables obligations. Elles servaient à créer ou des obligations nouvelles, ou simplement à transformer et remplacer une obligation antérieure, de là le nom de *nomen transcriptilium* donné à

(1) Pline. *Hist. natur.*, liv. II, c. 7. — (2) Demangeat. *Cours de Droit rom.*, II, 288.

cette sorte de créances au temps de Gaius. La *transcriptio* était de deux sortes, *a re in personam et a persona in personam*. « *Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcriptiis. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo : vel a re in personam, vel a personâ in personam* (1). »

Il y avait *transcriptio a re in personam* quand, débiteur en vertu d'un louage ou de toute autre cause, je cesse de l'être à ce titre par l'inscription que l'*argentarius*, mon créancier, fait sur son *Codex*, mentionnant avec mon consentement la réception fictive de la somme que je lui devais et le versement qu'il m'en fait à nouveau à titre de prêt. Les *argentarii* devaient souvent se servir de cette sorte de novation qui leur permettait de réunir en une seule des dettes diverses et de les garantir par la même action. D'ailleurs, comme dans le contrat *litteris*, la présence du débiteur n'était pas exigée, on ne demandait que son consentement; il suffisait à l'*argentarius* d'avoir l'ordre ou le consentement de son client par lettres ou autrement pour pouvoir opérer cette *transcriptio*. « *Ab- senti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit* (2). » Ces premières inscriptions avaient donc pour les *argentarii* l'avantage de simplifier leurs comptes tout en leur laissant des garanties.

Il y avait *transcriptio a personâ in personam* lorsque « *quod Secundus mihi debet* » je le porte par ton ordre à ton compte comme *expensum*. Il y avait en somme délégation par un débiteur à son créancier, d'un tiers qui paierait en

(1) Gaius. Com. 3. 128-129-130. — (2) Gaius. Com. 3. 138. Cicéron, *de officiis*, III. 14.

son lieu et place. « *A personâ in personam transcriptio* » fit, dit Gaius, *veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.* » Cette autre manière de procéder était avantageuse pour le débiteur et le créancier. Le débiteur avait ainsi à sa portée un moyen facile de se libérer de sa dette sans déplacements de fonds. L'*argentarius*, de son côté, avait chance de tomber sur un débiteur plus solvable. Comme le consentement des deux intéressés était nécessaire, il est évident que la *transcriptiô* n'avait lieu que lorsqu'ils y trouvaient leur avantage. Probablement, de plus, cette espèce d'inscriptions permit aux *argentarii* de faire une opération précieuse pour le commerce de la banque, les virements. Les banques grecques faisaient beaucoup ce genre d'opérations qui donne la facilité d'opérer de nombreuses affaires sans maniement de fonds. Il est probable que les *argentarii* pratiquèrent eux aussi les virements et que ce fut là une des utilités de la *transcriptiô a personâ in personam*. Ils ne durent pas, en effet, laisser passer sans l'utiliser ce moyen facile de simplifier leurs opérations.

L'usage de ces *nomina* tomba peu à peu en désuétude, et ainsi que nous l'avons dit, ce fut chez les *argentarii* qu'il se conserva le plus longtemps, à raison même probablement de la commodité qu'ils en retiraient. Au temps de Justinien, cet usage était à peu près complètement abandonné.

Une question assez importante est celle de savoir si le contrat *litteris* pouvait faire naître des obligations solidaires. On ne voit pas la raison qui s'y opposerait. « Il est

» probable, dit Ortolan, qu'il y avait dans le contrat
» *litteris* une manière de construire les *nomina* de façon
» à produire aussi cet effet des créances ou obligations
» *in solidum*. Cependant, les Instituts de Gaius et les
» autres documents antijustiniens ne nous en disent rien,
» et les textes du *Digeste* ne nous en offrent qu'un ves-
» tige à demi effacé à propos des *argentarii* ou ban-
» quiers (1). » Il y a, en effet, deux textes au *Digeste*,
qui supposent cette solidarité et l'établissent tout au moins
en ce qui concerne les *argentarii*. La loi 9, au *Digeste*,
livre II, titre 14, est la première qui prévoit le cas de la
solidarité provenant des *nomina*, et place les *argentarii*
« *quorum nomina simul facta sunt* » au même rang que les
autres créanciers solidaires. « *Si plures sint qui eandem*
» *actionem habent*, dit ce texte, *unius loco habentur; ut puta*
» *plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii quorum*
» *nomina simul facta sunt, unius loco numerabantur quia*
» *unum debitum est*. » Cette loi suppose bien la solida-
rité produite entre *argentarii* par les *nomina*, en les assi-
milant aux *rei stipulandi*. Le mot « *simul* » semble bien
désigner cette corrélation et cette simultanéité qui devaient
exister dans les inscriptions de même qu'elles devaient
être pour les interrogations de la stipulation. Bien plus, la
raison que cette loi donne de sa prescription par les mots
« *quia unum debitum est* » est justement le motif caracté-
ristique de la solidarité.

Le second texte assimile également les *argentarii*
« *quorum nomina simul eunt* » aux créanciers ou aux

(1) Ortolan. *Institutes*. III. 458.

débiteurs solidaires, et il ne nous paraît pas moins concluant que celui que nous venons d'examiner. Il s'agit ici de la loi 34, livre IV, titre 8, dans laquelle Paul suppose deux *rei credendi*, dont l'un a stipulé une peine au cas où l'adversaire refuserait de souscrire à la décision de l'arbitre, et il se demande si, au cas de poursuite, malgré cette décision, de celui des *rei* qui n'a pas stipulé, la peine est cependant encourue. Il ajoute : « Il en est de même pour des *argentarii quorum nomina simul eunt*. » Il semble donc établi, d'après ces deux textes, que les *argentarii* pouvaient, au moyen de leurs inscriptions, créer des créances solidaires. Quant à la façon dont ils se prenaient pour arriver à ce résultat, nous n'avons rien qui puisse nous fixer à ce sujet. Mais il est probable que l'on procédait d'une façon analogue à celle employée pour le contrat *verbis*. Les *argentarii correi* faisaient chacun pour leur compte la même inscription sur leurs registres, selon qu'ils étaient créanciers ou débiteurs et donnaient ainsi naissance à la solidarité active ou passive.

CHAPITRE II

DE LA COMPENSATION

Les *argentarii* faisant à la fois , ainsi que nous l'avons vu, l'office de prêteurs et celui de dépositaires, étant ainsi créanciers d'une part et débiteurs de l'autre, devaient nécessairement recourir à la compensation comme à un moyen facile de balancer leurs comptes et de liquider les diverses situations où ils se trouvaient. La compensation permettait , en effet , de faire, entre les dettes et les créances réciproques, une balance, et de n'obliger qu'au paiement du reliquat celle des parties qui s'en trouvait débitrice. On évitait ainsi des doubles opérations parfaitement inutiles, qui n'auraient fait qu'embrouiller et allonger les comptes et les liquidations. Si vous me devez 100 et que je sois de mon côté votre débiteur de 50, il est bien plus simple que la plus faible créance se compense jusqu'à due concurrence avec la plus forte ; et, ici dans le cas cité , ma dette de 50 se confondant jusqu'à due concurrence avec ma créance , vous n'aurez plus à me payer que 50. Outre l'avantage de simplifier les opérations, la compensation protège encore le créancier contre la mauvaise foi et l'insolvabilité de son débiteur. Primitivement, à Rome, la compensation était restreinte aux actions de bonne foi où elle n'avait lieu que pour

des créances provenant *ex pari causâ*. Mais elle fut peu à peu étendue aux actions de droit strict, si nous nous en rapportons aux *Institutes*. « *Sed et in strictis judiciis* » *ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, » compensatio inducebatur* (1). » Donc, d'après un rescrit de Marc Aurèle, sur l'opposition de l'exception de dol, la compensation était introduite dans les actions de droit strict. Les uns prétendent que ce rescrit était une innovation législative et qu'avant lui la compensation ne pouvait avoir lieu dans les actions de droit strict ; d'autres soutiennent au contraire qu'il n'a fait que sanctionner une jurisprudence antérieure et un usage déjà établi. Jusqu'à la découverte des *Institutes* de Gaius, on croyait que les *argentarii*, sous le rapport de la compensation, étaient restés soumis au droit commun, et que pour qu'il y ait lieu à compenser, il fallait opposer à leur demande une exception de dol. On s'est demandé quel pouvait être l'effet de cette exception de dol ? Deux opinions différentes existent sur ce point controversé. Les uns, avec Ortolan, veulent que l'exception de dol insérée dans la formule et vérifiée par le juge, emporte absolution complète du défendeur et épuisement du droit du demandeur. « L'exception de dol, une fois l'instance organisée, dit Ortolan, et les opérations *in jure* closes par la *litis contestatio*, si elle a été insérée dans la formule et qu'elle soit vérifiée par le juge, emporte absolution du défendeur et par conséquent déchéance du demandeur, même pour l'avenir, de son droit d'action désormais épuisé (2). »

(1) *Institut.* vi. 6-30 *in fine*. — (2) Ortolan, *Institut.* ii. 654.

Les autres, et parmi eux Didier-Paillé, soutiennent que l'exception de dol n'a pas ici cet effet absolu et qu'il n'y a lieu qu'à réduction de la condamnation à l'excédant de la dette sur la créance. Cette seconde opinion nous paraît préférable. L'exception n'amène pas toujours l'absolution du défendeur, parfois elle ne fait que diminuer la prétention du demandeur. « *Modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem* (1). » Or, ici justement l'exception n'était insérée que pour obvier aux rigueurs et au formalisme du droit strict en faveur des débiteurs, il n'y avait pas de motifs de se montrer plus sévères pour les créanciers. On peut ajouter que la compensation empruntée aux actions de bonne foi a dû conserver ses caractères en passant aux actions de droit strict.

Gaius nous fait connaître deux cas spéciaux dans lesquels le droit des créanciers était diminué par un droit opposé des débiteurs. Ces deux espèces de compensation, qui ont une réglementation spéciale, étaient la compensation imposée aux *argentarii* et la *deductio* imposée aux *bonorum emptores*. La *deductio* était cette compensation qui était opposée au *bonorum emptor* d'un débiteur obéré par ceux qui se trouvaient à la fois débiteurs et créanciers de ce débiteur; l'acheteur du patrimoine n'était admis à agir contre eux qu'avec déduction, c'est-à-dire avec une formule rédigée de telle façon que la mission de faire la compensation fût conférée au juge. (2) Nous ne nous arrêterons pas davantage sur ce point qui ne se rattache à notre sujet qu'au point de vue

(1) L. 22. D. 44. 1. — (2) Gaius. IV. 65.

des différences existant entre cette *deductio* et la compensation des *argentarii*, et dont nous dirons quelques mots plus loin.

C'est dans le quatrième Commentaire de Gaius que nous trouvons les règles spéciales imposées à l'*argentarius* en matière de compensation. D'après ce texte, le banquier qui avait avec ses clients des comptes courants, comportant évidemment des dettes et des créances, ne pouvait agir contre l'un d'eux qu'en opérant lui-même la compensation. « *Alia causa est illius actionis quàm argentarius experitur ; nam is cogitur cum compensatione agere, id est, ut compensatio verbis formulæ comprehendatur. Itaque argentarius, ab initio compensatione factâ minus intendit sibi dare oportere* (1). » L'*argentarius* ne devait donc actionner son client que pour le reliquat dont celui-ci restait son débiteur. Mais pour qu'il soit tenu de faire ainsi la compensation, il fallait qu'il s'agît de dettes et créances échues et de même genre, il ne pouvait évidemment opérer la compensation d'une créance de vin avec une dette de froment, par exemple. Si dans l'*intentio* de sa formule, la compensation une fois opérée, l'*argentarius* demandait plus qu'il ne lui était dû, il encourait la peine de la plus *petitio*, le juge absolvait le débiteur et le renvoyait des fins de la plainte. « *Præterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur, quo fit ut, si, facta compensatione, plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob idem perdat* (2). » Sous Justinien, la compensation fut établie sur de nouvelles bases.

(1) Gaius. iv. 64. — (2) Gaius. iv, 68.

Le juge n'eut plus besoin de pouvoirs exprès pour l'opérer. De plus, il ne fut plus nécessaire que les créances à compenser proviennent *ex eadem causâ*, ni qu'elles soient *ex pari specie*, il suffit qu'elles soient échues et liquides. « *Nostra constitutio eas compensationes quæ jure aperto nituntur, latius introduxit ut actiones ipso jure minuunt sive in rem, sive in personam, sive alias quas cumque; excepta sola depositi actione* (1). » Il n'y aura donc désormais plus besoin d'opposer l'exception de dol à la demande du créancier, la simple connaissance de la coexistence des deux dettes suffira au juge. Justinien a eu l'air de régler ainsi d'une façon générale la compensation, aussi est-il probable que celle spéciale aux *argentarii* fut également fondue dans cette nouvelle sorte de compensation. Il y a cependant une opinion qui soutient qu'elle subsista concurremment, et elle s'appuie sur le texte suivant de Paul : « *Licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis* (2). » D'après les partisans de ce système, ce texte viserait le cas de l'*argentarius* qui doit être condamné s'il fait mal la compensation ou s'il ne la fait pas du tout.

D'ailleurs, cette compensation ne pouvait être exigée des clients vis-à-vis des *argentarii*. C'était là une mesure toute particulière aux *argentarii* qui leur était imposée en raison de leurs fonctions et de leurs connaissances spéciales. Il leur était, en effet, plus facile qu'à tous autres d'opérer la compensation sans faire d'erreur, cela aurait été plus difficile et plus dangereux pour les particuliers

(1) Justinien. *Instit.*, IV, VI, 30. — (2) Paul. *Sentence* 2, 5-3.

qui, se trompant dans leur demande, se seraient vus ainsi encourir la déchéance de la *plus petitio*. Le client n'était donc point obligé d'opérer la compensation lorsqu'il agissait contre l'*argentarius*. Celui-ci se trouvait en somme en but à une demande parfois non fondée, souvent exagérée. Il est évident que l'*argentarius* ne pouvait faire qu'une chose, opposer sa créance réciproque, et il y arrivait en insérant dans la formule une exception de dol. Alors on se demande quel était l'effet de cette exception de dol ainsi opposée; faisait-elle tomber la demande pour le tout en absolvant le débiteur et éteignant le droit du créancier, ou en somme n'aboutissait-elle qu'à une diminution de la condamnation, à une compensation. Nous avons déjà dit quelques mots sur cette question.

Pour le cas où c'est le client qui est demandeur, il n'y a donc rien de spécial, au contraire, lorsque c'est l'*argentarius*, il est tenu de faire comprendre la compensation dans l'*intentio* de sa formule, et sa négligence ou son inexactitude sur ce point avaient pour lui de graves conséquences. Si l'*argentarius* néglige de faire la compensation, il encourt la *plus petitio*, il est débouté de sa demande « *si totum petas, plus petendo causa cadis* (1). » Et comme conséquence, ayant déduit son droit *in iudicium*, il ne pourra plus recommencer sur de nouveaux frais. Le défendeur absous reste tenu d'une obligation naturelle, et s'il paie par erreur, il ne pourra pas répéter ce qu'il a payé « *licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet* (2). » Si l'*argentarius* a mal opéré la compen-

(1) Paul. *Sentences*. 2-5-3. — (2) 60. D. 12. 6.

sation dans l'*intentio*, s'il a, par exemple, exagéré sa créance et compris dans sa demande plus qu'il ne le devait, il y a encore *plus petitio* et le juge, qui ne prononce que d'après la formule, le renvoie de sa demande (1). De plus, comme dans la première espèce prévue, il a déduit son droit en justice, et ce droit se trouve ainsi éteint. Certains cependant prétendent qu'il n'a pas déduit tout son droit en justice et que pour le surplus il pourra toujours l'opposer en compensation à la demande de son débiteur. Nous ne voyons pas les raisons sur lesquelles s'appuie cette opinion qui est, je crois, plus ingénieuse que véridique et contraire au texte de Gaius. Dans son Commentaire IV, n° 68, il semble bien, en effet, prévoir la *plus petitio* pour l'*argentarius* qui exagère sa créance, et il ne restreint aucunement les peines de cette *plus petitio*. Si, au contraire, l'*argentarius* actionne son débiteur pour moins qu'il ne le pouvait, si au lieu d'exagérer sa créance, il fait mal la compensation et la diminue, il est évident qu'il n'a pas déduit tout son droit en justice, et il peut dans la suite produire pour le reste; il sera toutefois obligé de mentionner la compensation faite, car il pourrait se voir frappé des peines de la *plus petitio*, et il lui faudra attendre la fin de la préture actuelle sous peine de se voir opposer l'exception *litis dividuæ*. Si l'*argentarius* était tenu d'une dette alternative au choix du client, il ne pouvait compenser qu'en appelant son débiteur à choisir. « *Si debeas decem millia aut hominem, utrum*
» *adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur,*
» *si adversarius palàm dixisset utrum voluisset* (2). »

(1) Gaius. *Com.* IV. 68. — (2) L. 22. D. 16-2.

Il existait de grandes différences entre les deux compensations spéciales que l'on trouve dans l'ancien droit romain. La *deductio* était mentionnée dans la *condemnatio*, qui devenait dès lors *incerta*. La *compensatio* imposée à l'*argentarius* devait être faite dans l'*intentio*. L'*emptor bonorum* ne pouvait donc pas encourir la *plus petitio*. De plus, la compensation devait être faite par l'*argentarius* lui-même et le pouvoir du juge se bornait à la constatation de l'exactitude de cette compensation. L'*emptor* n'était au contraire pas tenu d'opérer lui-même la *deductio*, c'est-à-dire, qu'il devait simplement faire rédiger les formules de façon que le juge put faire cette sorte de compensation. L'*argentarius* n'avait le droit de compenser que des créances exigibles, l'*emptor* voyait déduire de sa créance même ce qui était dû à terme, et on lui tenait compte de cette anticipation. L'*argentarius* ne compensait que des créances de même nature ; la *deductio* ne portait pas nécessairement sur des créances identiques.

En somme, la compensation avait un certain caractère rigoureux pour les *argentarii*, qui y furent assujettis, il y a tout lieu de le croire, à raison de l'intérêt commun des citoyens. Et en même temps cette mesure eut cela de bon qu'elle força les *argentarii* à tenir leurs opérations avec ordre et intelligence, afin d'éviter les peines de la *plus petitio* que n'auraient pas manqué de leur attirer leurs erreurs dans les calculs.

CHAPITRE III

DE L'*Editio Rationum*

L'*editio rationum*, ou production des livres, fut introduite par le prêteur comme une mesure propre à rendre service aux particuliers, en leur fournissant des moyens de preuve dans leurs contestations soit avec les *argentarii* soit avec les tiers. Cette mesure avait son fondement tout trouvé dans la parfaite régularité avec laquelle les *argentarii* devaient tenir leurs livres. Il était tout naturel, surtout à l'époque où les particuliers perdirent l'habitude de la tenue de leurs registres, qu'on leur permit d'avoir recours aux livres des *argentarii*, leurs banquiers, qui étaient en rapports continuels avec eux et leur servaient d'intermédiaires habituels pour le maniement de leurs fonds. L'*editio rationum* était donc toute en faveur des simples particuliers qui pouvaient s'en servir et contre les tiers et contre l'*argentarius* lui-même.

L'*editio* pouvait avoir lieu de deux façons différentes, soit par la production du *Codex* lui-même, soit par la délivrance de comptes ou d'extraits. « *Vel dictare, vel tra-*
» *dere libellum, vel codicem proferre, edi autem est* (1). » La production du livre lui-même « *codicem proferre* »,

(1) L. 6. 7. D. 2-13.

n'avait lieu que rarement ; cela, en effet, aurait donné lieu à de grands inconvénients. On aurait ainsi dévoilé le secret des opérations des particuliers, ce qui aurait pu nuire aux *argentarii* ; aussi lorsque cette production avait lieu, les clients ne pouvaient consulter que ce qui avait trait à leurs affaires. Le compte était donc le plus souvent produit par copies ou par extraits ; alors il devait porter en tête la date du jour et l'année désignée par le nom du consul. « *Argentariæ mensæ exercitores rationem, quæ ad se pertinet, edant adjecto die et consule* (1). » Les *argentarii* étaient ainsi astreints à cette obligation à cause de leur profession, c'était là une mesure qui leur était toute particulière. Même lorsqu'ils avaient cédé leurs charges, ils pouvaient être actionnés pour la production de leurs livres, bien entendu quand il s'agissait d'opérations qu'ils avaient faites étant *argentarii*, car, pour les autres, ils rentraient dans le droit commun. Cette obligation de l'*argentarius* se transmettait à ses successeurs universels, même alors qu'ils n'exerçaient pas la même profession que leur auteur. Au cas où les livres appartenaient à plusieurs héritiers, tous étaient actionnés pour cette production, et lorsque celui des co-héritiers qui avait fait la production ne donnait pas grande garantie, on avait le droit d'exiger que les autres fassent également l'*editio* afin de comparer, ou qu'ils approuvent et certifient le compte produit. « *Ut igitur rationes comparari possint, etiam cæteri edere debent, aut certe unius editionis subscribere* (2). » Les successeurs ou ayants

(1) L. 4. D. 2-13. — (2) L. 6. 1. D. 2-13.

cause à titre particulier n'y étaient pas soumis, et au cas de legs des livres, l'héritier était déchargé de l'obligation de l'*editio* par la délivrance qu'il faisait du legs. Le client qui voulait se réserver le droit à l'*editio*, n'avait alors qu'un moyen, il devait signifier à l'héritier de ne pas se dessaisir des livres avant de les avoir produits. Alors, si la signification avait été ainsi faite avant la délivrance du legs, l'héritier était valablement poursuivi à fin de la production des livres et il était responsable de leur non production. Si l'*argentarius* était un esclave, l'action sera donnée contre le *dominus* si l'*argentaria* est tenu avec son assentiment ; si c'était à son insu, il ne sera tenu qu'au cas où il aurait les livres en sa possession. Si l'esclave tenait l'*argentaria* avec son pécule, le *dominus* pourra être tenu de *peculio* ou de *in rem verso*, à moins qu'il n'ait les livres en sa possession et qu'il ne les produise pas, auquel cas il serait tenu *in solidum* (1). Si l'*argentaria* était gérée par un fils de famille, le *paterfamilias* ne pouvait être tenu de l'*editio* que si ce commerce était fait avec son assentiment.

La production des registres se faisait au lieu où était située l'*argentaria*. Si les livres de l'*argentarius* se trouvaient placés dans une autre province, il pouvait être forcé de faire néanmoins l'*editio* au lieu de situation de l'*argentaria*. Les *argentarii* avaient, paraît-il, l'usage de déposer leurs registres hors de leur *argentaria* par mesure de prudence, alors dans ce cas un certain délai leur était accordé pour faire l'*editio* (2). Si le client demandait

(1) L. 2. 3. D. 2-13. — (2) L. 6. D. 2-13.

l'*editio* dans un lieu autre que celui de la situation de l'*argentaria*, il pouvait lui être donné copie à ses frais et un délai suffisant était donné à l'*argentarius* pour faire cette *editio* (1).

La production était ordonnée par un décret du prêteur qui, en général, n'examinait pas si la demande était ou non justifiée. Il y avait cependant deux cas où le prêteur n'accordait l'*editio* que *cognita causa*. Il en était ainsi lorsque c'était un *argentarius* qui demandait l'*editio* contre un de ses collègues. Ulpien nous fait remarquer qu'en principe l'*argentarius* n'aurait même pas dû avoir ce droit, puisqu'il devait avoir une comptabilité régulièrement tenue et devant lui suffire. Cependant, on le lui accordait quand il argumentait de la perte de ses livres par cas de force majeure, ou de leur éloignement (2). Il en était de même pour le client qui, après avoir demandé une première *editio*, en demandait une seconde. « *Nec utrum postulanti* » *edi prætor jubet, nisi ex causâ* (3). » Le prêteur ne lui accordait cette nouvelle *editio* que *cognita causa*.

Toutes personnes intéressées pouvaient demander la production des livres de l'*argentarius* alors même qu'elles ne plaidaient pas contre lui; préalablement on leur faisait jurer que leur demande n'était pas purement vexatoire (4). De plus, l'*argentarius* n'était tenu de cette obligation qu'autant que l'acte pour lequel l'*editio* était demandée, avait trait à la banque, et encore Ulpien en exceptait ce qui concernait le gage et le mandat. La pro-

(1) L. 4. 5. D. 2-13 et L. 5 *eodem titulo*. — (2) L. 6. 9. D. 2-13.
— (3) L. 6. 10. D. 2-13. — (4) L. 6. 2. D. *eodem titulo*.

duction une fois ordonnée par le décret du préteur, on pouvait prévoir le cas du refus de l'*argentarius* d'y obtempérer. Alors le demandeur pouvait obtenir une action *in factum*, dont la durée n'était que d'une année et qui avait pour but d'obtenir le montant de l'intérêt qu'il avait à exiger la production. « *Cum autem in id actio competit, » quanti agentis intersit editas sibi rationes esse* (1). » Cette action avait un caractère absolument personnel, elle n'était pas donnée contre l'héritier de l'*argentarius*, *nisi ex suo facto*. D'ailleurs l'intérêt qu'avait le demandeur à l'*editio* se calculait au jour de la demande, au moment où le préteur ordonnait la communication, sans que l'on ait à s'inquiéter s'il avait diminué ou augmenté par la suite.

(1) L. 10. 3. D. 2. 13.

TROISIÈME PARTIE

Des avantages et privilèges accordés aux Argentarii

Nous avons vu tout ce qui concernait les fonctions des *argentarii*, nous allons dire quelques mots sous cette troisième partie, des avantages qu'on leur avait accordés.

Les *argentarii* avaient su se rendre en quelque sorte nécessaires par les services qu'ils rendaient, grâce à leur fortune et leur position, à l'Etat lui-même, aussi voyons-nous, principalement à l'époque de Justinien, leur accorder des faveurs spéciales. Les empereurs en retiraient eux-mêmes de tels bénéfices, qu'en récompense, ils favorisèrent le développement de leur commerce avec une certaine bienveillance. Nous allons passer en revue quelques-uns des privilèges qui furent ainsi accordés aux *argentarii*.

Justinien permit aux *argentarii* l'accès des offices appelés *militiæ venales*, il n'en excepta que ceux qui exigeaient un service armé « *militiæ armatae* ». Avant lui, au contraire, d'après un édit de Théodose, les *argentarii*, ainsi que tous les autres commerçants étaient formellement

exclus de tous les offices, même provinciaux. Ce fut donc là un véritable avantage accordé par Justinien aux *argentarii* (1), qui furent de ce chef mieux partagés que le reste des commerçants.

Les *argentarii* en étaient arrivés à avoir une grande influence dans l'Etat ; sous l'Empire, ils avaient acquis, par leurs connaissances dans le maniement des monnaies et leur fortune, un grand prestige auprès des simples particuliers et même des principaux de la cité. L'Etat profita de cette influence et de ce prestige ; les *argentarii* furent chargés de l'émission du nouveau numéraire et de la vérification de la sincérité et du taux des nouvelles pièces de monnaies frappées. Et même ils se chargeaient de faire entrer dans le commerce par leur entremise ces nouvelles pièces de monnaies. Ce fut là un nouvel avantage accordé aux *argentarii* qui surent par ce moyen s'attirer de gros bénéfices, car non seulement ils profitèrent de cette espèce de monopole pour étendre leurs relations, mais de plus ils percevaient une rémunération pour remplir cet office.

Lorsque les *argentarii* purent ainsi remplir une *militia* les débiteurs leur contestèrent le titre de commerçants et voulurent faire ainsi réduire les intérêts au taux fixé pour les contrats passés avec de simples particuliers. Justinien vint au secours des *argentarii* en décidant qu'ils n'en restaient pas moins commerçants et que le taux de l'intérêt demeurerait fixé pour eux *ad bessem usuram*, soit à 8 % (2). Il ne voulut pas que cet avan-

(1) L. 12. 3. Code. 12-58. L. 1. Code. 12-35. — (2) vi *Edict.*, ix.

tage qu'il leur accordait d'un côté en laissant l'*argentarius* libre d'acquérir une *militia*, put se retourner contre lui et lui préjudicier de quelque façon que ce fut.

L'*argentarius* qui, après avoir emprunté ou reçu en dépôt une somme d'argent, faisait l'acquisition d'une charge pour lui ou pour l'un de ses proches, était présumé l'avoir payée des deniers déposés ou prêtés, et le prêteur ou le déposant pouvaient, sur la foi de ces présomptions, s'adresser directement au titulaire de la charge pour obtenir leur remboursement. Les *argentarii* étaient donc ainsi placés dans une position défavorable, aussi profitèrent-ils de leur influence pour demander à leur profit la réciprocité de cette mesure, ce que Justinien leur accorda. Les *argentarii* eurent donc le droit de se faire rembourser sur la *militia* acquise depuis le prêt par leur emprunteur ou par ses fils, qui pouvaient d'ailleurs combattre cette présomption en prouvant que la *militia* leur provenait *ex maternis bonis*, ou *ex liberalitate principis* (1). Justinien rendit donc cette présomption réciproque et il l'établit soit pour, soit contre les *argentarii*, sauf la preuve contraire.

Par l'*Edit.* VII, on permit aux *argentarii* de poursuivre le remboursement de ce qui leur est dû sur les choses déposées ou mises en gage par leurs clients. On leur concédait ainsi une garantie semblable à celle qu'ils auraient eue si le contrat qui leur donnait droit au paiement était de plein droit muni d'une hypothèque. Ce droit leur fut ainsi donné afin qu'ils puissent primer

(1) L. 27. Code 8-15, *Novelle* 136, chap. II.

les autres créanciers « *Habebunt id etiam, ut tempore*
» *posterioribus creditoribus præferantur* (1). »

Et par le chapitre VII du même Edit on compléta cette mesure avantageuse pour les *argentarii*, en les défendant contre une fraude facile à prévoir. Les clients pour soustraire leurs biens au recours possible de l'*argentarius* leur créancier, ne trouvaient rien de mieux que de faire acheter, déposer ou prêter sous des noms supposés. Justinien déjoua cette fraude en autorisant les *argentarii* à exercer leurs poursuites, même sur les biens ainsi acquis pourvu qu'ils prouvent cette simulation : « *Si de-*
» *debitorum quempiam dolo fecisse quominus res suas pos-*
» *sideat, aut jus suum clam in alium transtulisse demons-*
» *tretur.* »

Par le chapitre VI du même édit, Justinien, constatant quel inconvénient pour les *argentarii* et quel retard dans leurs affaires résultaient de leur soumission aux juges du droit commun, institua pour eux des juges spéciaux. Soit demandeurs, soit défendeurs ils devaient être référés à cette juridiction spéciale « *sive in jus vocent, sive*
» *vocentur.* » C'était déjà un avantage pour les *argentarii* d'être ainsi jugés par des juges qui leur étaient spécialement consacrés. Maintenant Justinien ne nous dit pas quels étaient ces juges et où ils se recrutaient.

La *Novelle* 136 leur accorda dans certains cas une sorte d'hypothèque privilégiée, un droit de préférence sur les objets achetés par leurs clients avec l'argent prêté, pourvu que lors du contrat ils se soient fait consentir une hypothèque, « *si in contractibus scriptura inter-*

(1) Edict. VII, chap. 3 *in fine*.

» *veniente celebratio hypothecæ aliqua facta sit mentio.* (1) »
Si l'hypothèque n'avait pas été consentie lors du contrat, l'*argentarius* avait encore le droit de revendiquer dans la masse les objets, donnés par lui au débiteur pour les vendre, qui se retrouvaient en nature « *tunc liceat ipsis* » *hæc tanquam sua vindicare, etsi hypothecarum jus in iis* » *non habeant.* »

Deux règles spéciales furent encore rapportées en matière de gage. Lorsque l'*argentarius* créancier faisait vendre le gage à lui donné, et qu'une contestation s'élevait entre lui et le débiteur au sujet du prix de la vente, l'*argentarius* était cru sur son serment. De plus, on permit de décider que l'objet engagé, faute du remboursement, appartiendrait à l'*argentarius* créancier, pour le prix auquel il serait estimé par des experts et avec l'autorisation et la présence du *tabularii* (2).

Enfin, dans le chapitre V de l'Edit VII, Justinien leur accorda un nouveau privilège. En effet, dans tout procès le demandeur était contraint de prendre l'engagement confirmé par des fidéjusseurs de payer le dixième de la valeur du litige s'il intentait le procès par pur esprit de chicane. Justinien supprima cette mesure en faveur des *argentarii* et déclara qu'on devrait se contenter de leur promesse formelle.

Ces divers avantages accordés aux *argentarii* nous prouvent assez avec quelle faveur ils étaient vus par les empereurs et quelle était alors leur influence.

(1) *Novelle 136*, chap. 3. — (2) *Edit ix*, chap. 4.

DROIT FRANÇAIS

DE LA RESPONSABILITÉ

Civile notariale

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Nous pouvons dire, qu'en principe, les notaires ont toujours été déclarés responsables de leur dol ou de leur faute grossière équivalente au dol. Ainsi même à Rome où les notaires n'avaient pourtant point ce caractère d'officiers ministériels qu'ils ont chez nous, des textes formels nous prouvent que les principes de la responsabilité leur étaient appliqués. Nous pouvons citer encore la loi 29 Code livre VI, titre 23 « *Scituris, et tabellionibus et his qui conficienda testamenta procurant, quod si aliter facere ausi fuerint, poenam*

falsitatis non evitabunt, quasi dolosé in tam necessaria causa versati, » et la loi 14, paragraphe 3, Code livre 1, titre 2. Il est vrai que ces lois semblent viser plus la responsabilité pénale que la responsabilité civile dont nous nous occuperons exclusivement dans cette étude et qui devait exister également à Rome.

Notre ancien droit français admit pour les notaires ce même principe de la responsabilité qui permettait de leur faire supporter les conséquences au moins de leurs fautes graves ou de leur dol. Le principe de la responsabilité a donc toujours existé en matière notariale, il n'y a que son étendue et son application qui ont varié. Nous trouvons dans les divers auteurs qui ont écrit sur ce sujet et dans les coutumes des traces de cette responsabilité. « Un notaire, dit Ferrière, est toujours tenu des dommages et intérêts qu'il a causés à un des contractants lorsqu'il y a dol de sa part ou une faute lourde, parce que la faute lourde est comparée au dol (1). »

Nous retrouvons dans la législation nouvelle ce même principe de la responsabilité notariale qui va devenir de plus en plus étendue en même temps que se développera cette institution. Aux termes de la loi des 29 septembre et 6 octobre 1791 (article 16) les notaires devaient, comme garantie de bonne gestion de leurs fonctions, déposer un cautionnement, dit fonds de responsabilité. Ce dépôt devait être fait en deniers et versé entre les mains du receveur de district. « Les notaires, disait à ce sujet le rapporteur de la loi de 1791, sont

(1) Ferrière. *Parf. notaire*, livre 1, ch. 17.

destinés à remplir des fonctions trop importantes pour que rien ne garantisse à la société la réparation de leurs erreurs. Donnés aux citoyens comme instruments de leur volonté, ils sont comptables envers tous de la vérité des actes qu'ils souscrivent ; ils sont les conservateurs des traités les plus précieux des familles et les dépositaires de tous leurs intérêts ; sous ces aspects, l'immense responsabilité de ces officiers est sans doute peu facile à évaluer, ou plutôt elle est inappréciable si l'on veut parcourir toutes les chances où elle peut être exercée, et calculer sa masse sur la possibilité des malversations, des erreurs ou des négligences graves, souvent aussi préjudiciables que la mauvaise foi elle-même. » C'est qu'en effet, les notaires sont trop souvent amenés par les difficultés de leurs fonctions à causer un préjudice aux particuliers, les fonds du cautionnement étaient alors un commencement de garantie ; mais ce n'était pas suffisant, il fallait aux citoyens lésés un recours à la fois plus sérieux et mieux établi afin qu'il puissent se servir avec sécurité de ces officiers ministériels. Il était de première nécessité que les notaires offrissent à leurs clients quelque garantie sous le rapport de la gestion intelligente et honnête de leurs fonctions et de la réparation des fautes et négligences commises dans l'exercice de ces fonctions.

La loi du 25 ventôse an xi, en organisant à peu près complètement le notariat, a arrêté définitivement le principe et en quelque sorte l'étendue de la responsabilité notariale. Dès ses premiers articles, elle pose comme sanction de leur violation, une peine et en même temps

le recours possible des citoyens lésés. « Il est défendu » à tout notaire, dit l'article 6, d'instrumenter hors de » son ressort à peine d'être suspendu de ses fonctions » pendant trois mois, d'être destitué au cas de récidive, » et de tous dommages-intérêts. » La consécration du principe de la responsabilité se rencontre presque à chacune des réglementations contenues dans cette loi. D'ailleurs dans presque tous ses articles la loi de ventôse n'a guère fait que fixer et consacrer ce qui était déjà reçu avant elle. Comme la loi de 1791, elle astreint par l'article 33, les notaires à fournir un cautionnement spécialement affecté à la garantie des condamnations pécuniaires prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions. De même pour l'article 3, par exemple, ainsi conçu. « Les notaires sont tenus de prêter leur ministère, lorsqu'ils en sont requis », nous trouvons une disposition semblable dans la vieille coutume de Bourgogne : « *Notarius recusans recipere instrumenta, si est rogatus de hoc, debet privari officio* (1). » Ce même cas de responsabilité se trouve également commenté par Ferrière. « On tient, dit-il, qu'on peut contraindre un notaire de recevoir un acte ». Enfin ce même cas de responsabilité avait été visé par M. Cailly, rapporteur du Conseil des anciens pour examiner un projet relatif au notariat. « Le ministère du notariat est un ministère » nécessaire, disait-il, il ne peut se refuser lorsqu'il est » requis et ce serait aller contre le principe de la matière que de laisser au notaire la liberté de refus ; s'il

(1) Chassanée, p. 257, n° 48.

» participe aux fonctions d'une honorable magistrature,
» son temps et ses facultés appartiennent à tous ses
» concitoyens et à tous ceux qui ont besoin de son
» ministère. Comme le juge se doit à l'administration
» de la justice, le notaire se doit tout entier aux fon-
» tions que la loi lui délègue, elle devait donc le rendre
» garant d'un refus déplacé. »

Après avoir posé, dans ses premiers articles, le principe de la responsabilité envisagé à des points de vue spéciaux, la loi de ventôse se résume en quelque sorte et dans son article 68 elle confirme les applications particulières qu'elle a pu faire et émet un principe plus général. « Tout acte fait en contravention aux articles
» 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67, porte cet
» article, est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de
» toutes les parties contractantes ; et lorsque l'acte sera
» revêtu de la signature de toutes les parties contrac-
» tantes, il ne vaudra que comme écrit sous signatures
» privées, sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dom-
» mages-intérêts contre le notaire contrevenant. » Cet article résume la matière en réunissant les cas spéciaux où il peut y avoir lieu à responsabilité et en déclarant que la condamnation aux dommages-intérêts ne résulte pas absolument de l'infraction commise, mais n'est prononcée que s'il y a lieu, c'est-à-dire qu'elle est laissée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui jugeront d'après les circonstances.

Il y a d'ailleurs d'autres règles spéciales de la responsabilité des notaires que nous trouvons dans Code et qui restent néanmoins applicables concurremment avec celles

contenues en la loi de ventôse. Ainsi l'article 1397 Code civil, relatif aux contre-lettres ajoutées à un contrat de mariage, spécifie des règles particulières et prononce la responsabilité du notaire contrevenant. Il en est de même de l'art. 68 Code de commerce concernant les formalités spéciales des contrats de mariage des commerçants.

Une grave question a été soulevée à ce sujet, il s'agissait de savoir si les notaires étaient régis uniquement sous le ressort de la responsabilité, par les articles de la loi de ventôse et les quelques règles spéciales contenues dans notre Code, ou si, au contraire les principes du droit commun en matière de responsabilité leur étaient applicables. Nous trouvons, dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, réunies ces règles générales de la responsabilité; « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, » porte l'article 1382 et l'article 1383 ajoute : « Chacun est responsable du » dommage qu'il a causé non seulement par son fait, » mais par sa négligence et par son imprudence. » La question est donc de savoir si ces deux articles sont également applicables aux notaires ?

Nous trouvons sur ce sujet deux opinions principales et tout à fait différentes. Ceux qui soutiennent la première opinion disent avec d'Aguesseau qu' « Il faut dans » chaque genre d'affaires consulter la loi qui lui est » propre ; autrement tout deviendrait incertain si l'on » voulait dépayser les principes (1). » Ainsi d'après ce

(1) *Œuvres* t. 8, p. 483.

système la responsabilité notariale est réglée par des lois spéciales et ces lois doivent être seules à régir, la loi générale ne devant jamais porter atteinte à des lois particulières. La responsabilité des notaires, loin d'être absolue, serait donc au contraire complètement limitée par la loi de ventôse et les quelques articles qui y ont directement trait.

Il nous semble, avec la seconde opinion qui est aussi celle de la jurisprudence actuelle, que ce premier système est beaucoup trop absolu et trop restrictif de la responsabilité des notaires. Il ne faut pas que, sous prétexte de ne pas entraver des fonctions utiles à tous, on tombe dans l'excès contraire et on oublie de protéger les particuliers contre ces mêmes fonctions. Sans doute nous ne prétendons pas à ce qu'on substitue les art. 1382 et 1383 aux réglementations contenues dans la loi de ventôse, ce serait évidemment faire fausse route. Mais il nous serait facile de laisser subsister côte à côte et la loi de ventôse et les art. 1382 et 1383. L'exception n'a jamais empêché la règle générale de subsister, elle se contente de régir le cas spécial qu'elle vise. Nous admettons donc que dans tous les cas prévus expressément par la loi de ventôse, cette loi aura la prédominance « *in toto jure generi per speciem derogatur.* » Mais hors ces cas les principes du droit commun reprennent leur autorité et les articles 1382 et 1383 doivent recevoir leur application tout en laissant aux juges les pouvoirs d'appréciation les plus étendus pour reconnaître si les circonstances de la cause sont de nature à rendre le notaire responsable et quel degré de responsabilité il encourt. C'est là la façon

sous laquelle ou doit envisager la réglementation de la responsabilité notariale par les articles 1382 et 1383 mitigés par les principes contenus en la loi de ventôse, notamment par l'article 68 de cette loi. A l'appui de cette opinion, on peut ajouter que dans le Code nous trouvons plusieurs prescriptions imposées aux notaires et dépourvues de sanctions spéciales ; il est pourtant de toute évidence qu'une règle sans sanction est lettre morte et que le législateur en faisant ces réglementations a dû vouloir faire quelque chose d'utile. Cette sanction, il ne l'a pas exprimée parce qu'elle existait, il la trouvait dans la règle générale applicable dans tous les cas où il n'y a pas été spécialement dérogé et il a jugé inutile de ne faire en somme que se répéter.

Ainsi que nous l'avons dit, c'est là le système de la jurisprudence qui admet que les articles 1382 et 1383 n'ont point abrogé le droit spécial relatif au notariat et n'obligent point les juges à rendre les notaires responsables dans tous les cas et intégralement du préjudice causé, mais qu'ils doivent être appliqués concurremment avec les lois spéciales ou à leur défaut. Nous pourrions citer comme arrêts les plus récents en ce sens, un de la Cour de Cassation du 14 avril 1886 (*Journal du Palais*, année 1886-1-600) et un autre de la même Cour du 18 novembre 1885. Sirey 1-55. Nous pouvons ajouter qu'actuellement la jurisprudence a des tendances de plus en plus prononcées pour étendre la responsabilité notariale. » Cela est moral sans doute, dit Dalloz, » mais à la condition qu'on ne tombera pas dans une » sévérité exagérée, car alors on n'obtiendrait pour

» résultat, que d'enlever aux citoyens leurs garanties les
» plus sérieuses, en détournant de la profession du
» notariat les hommes qui seraient le plus à même d'of-
» frir toutes garanties. » (J. G. ch. 11, p. 351.)

Le principe étant ainsi posé nous allons voir maintenant dans quelles circonstances les notaires encourent la responsabilité et dans quelles limites ils en seront tenus. La jurisprudence a beaucoup varié dans cette matière et cela se conçoit facilement. Ainsi que nous l'avons déjà dit, le législateur n'a pas édicté de principe absolu pour la responsabilité notariale et il a laissé les circonstances où elle doit se produire à la libre appréciation des tribunaux. Dans cette matière toute de fait, c'était la seule façon qui lui restât pour ménager à la fois et les particuliers et les notaires. S'il avait édicté une règle absolue, les juges auraient été obligés de s'y conformer sans pouvoir tenir compte des faits qui quelquefois font complètement disparaître la faute du notaire, cela donc n'aurait pu avoir qu'un mauvais résultat. Le moyen qu'il a pris, possède au contraire une grande flexibilité qui permet aux juges de se conformer absolument aux circonstances. Dans les premiers temps, la jurisprudence décidait que le notaire n'était tenu que de son dol ou des fautes lourdes équivalentes au dol et repoussait l'action intentée à raison des fautes légères ou de l'impéritie. « Les notaires pouvaient seulement être tenus des » dommages-intérêts des parties dans le cas où il y » a dol et fraude de leur part, et non lorsqu'ils sont » tombés par ignorance dans les défauts de la forme (1) ».

(1) Jullien, *Eléments de Jurisprudence*, p. 208.

Ferrière exprime la même opinion : « Les notaires » ne répondent pas, rapporte-t-il, des nullités qu'ils ont » causées par impéritie dans les actes qu'ils ont passés. » A l'égard des dommages-intérêts qu'ils auraient » causés par dol ou par faute lourde qui est en droit » comparé au dol, ils sont toujours tenus des dommages-intérêts causés par ce moyen à l'un des contractants (1) ». Il est parfaitement vrai que le dol et la fraude sont les premières causes qui peuvent attirer le recours contre le notaire. Le dol et la fraude supposent une intention mauvaise, celle de tromper, et consistent dans l'emploi de toutes sortes de manœuvres pour arriver à ce but ; si les notaires avaient à être déclarés responsables, c'était donc bien alors qu'ils employaient ces moyens ; mais on commettait une exagération en limitant aussi strictement leur responsabilité. Une semblable indulgence produirait inévitablement des conséquences déplorables. « Cette impunité, dit Brillon, ne fait pas le » bien et la sûreté des contractants ; aussi la décision » n'est pas telle qu'il n'y ait des circonstances à exa- » miner, et des distinctions à faire. » La jurisprudence ne tarda pas à abandonner sa première opinion et à revenir à une application mieux entendue des principes, qu'elle menace actuellement de suivre trop rigoureusement. La faute légère et l'impéritie ne sont plus laissées de côté pour l'appréciation de la responsabilité. Les fonctions notariales demandent beaucoup de conscience et d'intelligence, avant de les accepter, on doit exa-

(1) Ferrière. Dictionnaire v^e notaire.

miner et peser les obligations qu'elles entraînent et voir si on est capable de les remplir. « Il n'y a point d'im-
» prudence plus caractéristique et moins excusable, dit
» Toullier, que de s'engager à faire des actes d'où
» dépendent le repos et la fortune des familles, sans
» avoir la connaissance de son état et sans être doué de
» la présence d'esprit nécessaire pour en observer les
» formes prescrites (1) ». Les juges apprécieront si la
faute est assez grave pour entraîner la responsabilité et
dans quelles limites elle doit le faire.

Telle était aussi l'opinion de M. Favard, dans son rapport sur l'article 68 de la loi de ventôse. « Les par-
» ties, disait-il, ont leur recours contre le notaire en
» défaut, et peuvent obtenir contre lui tous les dom-
» mages-intérêts que leur position et les circonstances
» exigeront. » C'est là également l'opinion de Dalloz, qui s'exprime ainsi à ce sujet : « La responsabilité du notaire ne s'arrête pas au dol et à la faute grave ; l'étendue de cette responsabilité varie suivant les circonstances, et le degré de culpabilité et, par suite, de responsabilité, dépend beaucoup de la nature du fait qui a donné lieu aux dommages-intérêts réclamés. Aussi est-il reconnu aujourd'hui que les notaires répondent des défauts de forme non seulement lorsqu'ils proviennent d'une faute proprement dite, mais encore lorsqu'ils sont le résultat de leur impéritie. »

La Cour de Nancy fut une des premières à adopter cette nouvelle opinion. Un arrêt du 8 janvier 1821

(1) Toullier, tome VI, p. 230.

condamna le notaire Mercier à garantir une de ses clientes de la nullité d'un testament résultant de l'omission de la mention expresse de la déclaration du testateur qu'il ne sait ou ne peut signer. Mercier alla jusqu'en Cassation et par son arrêt du 14 mai 1822 la Cour suprême rejetta le pourvoi en s'appuyant sur ce « que » les art. 68 et 14 de la loi du 25 ventôse an xi n'ont » pas attaché, aux seuls cas de fraude ou de dol, les » dommages-intérêts dont les notaires peuvent être » tenus vis-à-vis des parties pour lesquelles ils rédigent » les actes, mais qu'ils les ont faits encore dépendre de » de l'omission de certaines formalités préjudiciables à » leurs clients et que ces mots « s'il y a lieu » employés » dans l'article 68 laissent aux tribunaux le pouvoir » discrétionnaire de déclarer si les dommages-intérêts » doivent être prononcés ou refusés. » Un autre arrêté de la même Cour de Nancy, du 2 février 1838, formule le même principe et se prononce même d'une façon formelle. « Considérant, dit cet arrêt, qu'aux termes » de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an xi, les notaires sont responsables des nullités qu'ils commettent » dans les actes qu'ils reçoivent, et passibles, s'il y a » lieu, de dommages-intérêts envers les parties qui » supportent un dommage par suite de ces nullités ; que » les tribunaux ont en cette matière un pouvoir appréciateur qui les autorise à excuser les notaires, à étendre » ou à restreindre la quotité des dommages-intérêts dûs, » suivant la gravité de la nullité et l'influence qu'elle a » sur la validation ou les dispositions de l'acte ; que peu » importe qu'elle soit le résultat du dol, de l'impéritie

» ou de la négligence, qu'elle consiste dans les forma-
» lités intrinsèques ou extrinsèques ; que l'article 68 ne
» distingue pas. » — Rejette. Sur le pourvoi formé
contre cet arrêt la Cour de Cassation rendit un arrêt
conforme à celui de la Cour de Nancy et dans ses con-
sidérants elle déclare entre autres choses que la décision
de ladite Cour n'avait rien de contraire aux dispositions
de la loi sur le notariat du 25 ventôse an xi et qu'elle
est la juste et saine application du principe proclamé par
les articles 1382 et 1383 Code civil, que chacun est
responsable du dommage qu'il a causé non seulement
par son fait, mais encore par sa négligence (1). Depuis,
une foule d'arrêts ont suivi la même voie, ce point est
donc actuellement parfaitement élucidé, et les notaires
peuvent être déclarés responsables, non seulement de
leur dol ou de leur faute grave, mais encore de toute
faute ou négligence et même de leur impéritie, le tout
suivant les circonstances. Parmi les nombreux arrêts sur
ce point nous pouvons citer celui de la Cour de Cassa-
tion du 10 mai 1870, celui du 19 juin 1872 et du 10
février 1875 (2). Nous trouvons cette opinion parfaite-
ment développée dans les conclusions devant la Cour de
Cassation, le 18 juin 1835, de M. le procureur
général Dupin. « Le notaire, disait-il, répond de la nul-
» lité ou des vices des actes qu'il passe, soit qu'ils
» proviennent de surcharges, interlignes, additions, vices
» ou omissions de formes, aux termes des articles 16
» et 68 de la loi du 25 ventôse an xi. Et la jurispru-

(1) Sirey, 1839. I. 270. — (2) D. 1872-1-346. — 1875-1-450.

» dence et les auteurs sont d'accord pour étendre
» cette responsabilité aux nullités qui sont le résultat
» non seulement d'une faute proprement dite, mais
» encore de l'impéritie, de l'ignorance d'une chose que
» le notaire ne devait pas ignorer (1) »..

Quant à l'étendue et la quotité des dommages-intérêts, elles sont à coup sûr limitées à la réparation du préjudice causé, mais elles n'y sont pas nécessairement égales ; cela dépend essentiellement de la nature et de la gravité des fautes reprochées et aussi des circonstances. On peut citer en ce sens un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 juillet 1872, un autre de la Cour de cassation du 24 décembre 1888. (*Journal du Palais*, 1889-1-251). Les tribunaux peuvent donc diminuer les dommages-intérêts; condamner le notaire seulement aux dépens ou même le renvoyer des fins de la plainte. Ainsi un arrêt de la Cour de Riom, le 8 mars 1839, rendu au sujet d'un notaire qui ne peut représenter la minute d'un acte reçu par lui, a pu ne le condamner qu'à supporter les frais d'un nouvel acte, et cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation, statuant le 21 janvier 1841 sur le pourvoi. « Considérant, dit cet arrêt, que le notaire en » convenant que la minute du partage en question était » adirée, avait offert de supporter tous les frais du nouvel acte ; que d'après ces offres et les diverses circonstances de l'affaire, qu'il a appréciées, l'arrêt a pu valablement déclarer qu'il n'y avait eu de la part du » notaire, ni négligence coupable, ni faute, rejette.... »

(1) D. 1835-1-302.

Nous pouvons citer dans le même sens un arrêt de la Cour de Caen du 6 août 1829, condamnant, seulement aux dépens du procès, un notaire et un agent d'affaires qui avaient déterminé un de leurs clients à prêter une somme d'argent à un tiers dont les biens étaient déjà grevés pour plus de leur valeur ; la Cour, pour justifier sa condamnation, se basait sur ce qu'il y avait eu imprudence et de la part de l'emprunteur, qui n'avait pas pris d'informations, et de celle du notaire pour avoir été la cause du prêt par ses assertions sur la solvabilité de l'emprunteur. « Considérant en définitive, dit cet arrêt, que » s'il est vrai de dire que dans cette affaire les intéressés » n'ont pas mis dans leur conduite la modération et la » prudence qu'imposait à Durand sa qualité de notaire » et que prescrivaient à l'agent d'affaires les rapports » qu'il avait eus précédemment avec la famille du prêteur, il ne résulte point cependant des circonstances » révélées par l'instruction, des motifs suffisants pour » qu'ils doivent être l'un et l'autre réputés responsables » de la perte qu'éprouve le prêteur ; que, sans doute, » celui-ci est à plaindre de ne point obtenir le recouvrement d'une somme qu'il a versée ; mais que, néanmoins, il ne peut aussi se dissimuler qu'il n'a pas mis » dans cette affaire toute la précaution que méritait le » placement d'une somme aussi importante, et qu'il a » eu le tort grave de laisser à des tiers la vérification de » faits dont il devait par lui-même prendre connaissance, d'où suit que la condamnation conclue contre » Durand, le notaire, par le prêteur, ne peut lui être ac-

» cordée... » Sur le pourvoi, la Cour de cassation confirma cet arrêt le 25 août 1831.

La responsabilité du notaire passe à ses héritiers ainsi que nous le verrons, mais dans ce cas, elle doit ne leur être appliquée qu'avec une grande modération.

Ainsi que nous l'avons vu, la matière de la responsabilité notariale est principalement une question de fait laissée à la libre appréciation des tribunaux, nous allons donc parcourir les principaux cas, étudier les diverses hypothèses dans lesquelles cette responsabilité peut se produire. Le principe étant posé, nous verrons comment et quand il y a lieu de l'appliquer et pour cela il va nous falloir rechercher quels sont les différents devoirs et les diverses obligations dont sont tenus les notaires et quelles sont les conséquences des infractions commises.

Nous étudierons sous une première partie les notaires au point de vue des obligations particulières à leurs fonctions, sous une deuxième nous traiterons de la responsabilité du notaire à raison de ses actes, sous une troisième du notaire comme dépositaire, gérant d'affaires et mandataire, et dans une quatrième nous dirons quelques mots du notaire en second et de l'action en responsabilité.

PREMIÈRE PARTIE

De la responsabilité des notaires à raison des obligations particulières à leurs fonctions

CHAPITRE PREMIER

DE LA RÉQUISITION DU MINISTÈRE

Cette obligation résulte de l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI, ainsi conçu : « Les notaires sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis. » Le refus du notaire peut donc le rendre passible de dommages-intérêts envers le tiers qui en aurait souffert. Ainsi que nous l'avons déjà dit, ce cas de responsabilité était déjà admis dans notre ancien droit ; on reconnaissait que le ministère du notaire devait être en quelque sorte nécessaire. « On tient qu'on peut contraindre un notaire » de recevoir un acte, écrivait Ferrière. La raison en est » qu'il est personne publique et qu'il était en son pouvoir d'accepter ou de refuser l'office de notaire ; mais » sitôt qu'il l'a accepté et qu'il en est revêtu, il ne lui

» est pas permis de refuser son ministère et il doit faire
» les fonctions de sa charge pour tous ceux qui l'en
» requièrent. » De ce principe, reçu déjà dans notre
ancien droit, que le ministère du notaire est une sorte
de ministère nécessaire, résulte évidemment une sanction
qui consiste dans les dommages-intérêts que pourra
réclamer le client lésé par le refus du notaire. On con-
çoit facilement, vu l'importance des fonctions notariales,
quelles conséquences peuvent avoir pour les particuliers
un simple retard ou une négligence apportés par le
notaire dans leur exercice. En matière de testament, par
exemple, souvent le retard pourra avoir des suites irré-
parables ; le testateur peut mourir sans avoir révoqué un
testament antérieur et sans avoir testé, et ce, par la faute
du notaire qui a refusé de lui prêter son ministère. Il est
donc de toute justice, qu'à des obligations si considéra-
bles au point de vue de l'intérêt et du bon ordre de la
société, il y ait une sanction sérieusement appliquée et
que le notaire, qui cause ainsi par sa faute un préjudice
aux tiers, soit condamné à le réparer.

Toutefois cette obligation n'est pas absolue et
n'existe pas indifféremment dans tous les cas ; le notaire
peut, valablement et sans encourir de responsabilité,
refuser, dans certaines circonstances, de prêter son
ministère. M. Dalloz ramène à trois les causes qui peu-
vent ainsi légitimer ce refus, savoir : l'empêchement
physique ou légal, l'incapacité des parties, et la nature
illicite de l'acte (1). Toutes les lois et tous les projets

(1) Dalloz, notaire, chap. v., sect. 1.

de loi présentés sur ce point, font également ressortir que les notaires ne sont pas toujours et indistinctement tenus de prêter leur ministère. La loi du 6 octobre 1791 disait en ce sens qu'à « moins d'empêchement légitime, » les notaires publics seront tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en seront requis. » Le projet de loi de l'an VIII adopté par le Conseil des Cinq-Cents, est encore plus explicite et on retrouve dans son texte les trois cas légitimes de refus que nous avons énumérés ci-dessus. « A moins d'empêchement légitime, portait-il, » les notaires ne peuvent refuser leur ministère lorsqu'ils » en sont légalement requis par des personnes en état » de contracter, et pour des actes licites, à peine de » dommages-intérêts envers les parties requérantes qui » auraient souffert de leur refus constaté par une sommation... » Les trois causes légitimes de refus sont bien les mêmes que celles ci-dessus rapportées comme limitant la responsabilité du notaire. Pour apprécier les deux premières causes il n'y a aucune solution absolue, tout dépendra des circonstances, c'est là une question de fait pure et simple qui ne peut qu'être laissée à l'arbitrage des tribunaux. Bien entendu, ce sera au notaire incriminé à faire la preuve de la légitimité de son excuse. La maladie, la guerre peuvent, par exemple, être considérés comme des empêchements physiques légitimes. Les tribunaux apprécieront la position dans laquelle se trouvait placé le notaire envers lequel évidemment ils se montreront plus difficiles et plus sévères qu'envers un simple particulier, à raison même de sa profession et de son caractère d'officier public.

On s'est demandé si le notaire pouvait légitimement refuser son ministère la nuit ou les jours de fête. « Un » notaire, dit Cothéreau dans son *Traité* théorique et » pratique, ne peut recevoir un instrument à la minuit » ou heure indue, si ce n'est un testament ou codicille » d'un malade, quand il y a nécessité ou danger de » mort (1). » Ici encore ce sera une question de fait, tout dépendra des circonstances et le plus ou le moins d'importance et d'urgence des actes formera le *criterium* pour décider si oui ou non le notaire devra être déclaré responsable de son refus. Il est de toute évidence que le notaire serait dans son droit en se refusant à prêter son ministère la nuit pour des actes dont l'urgence absolue n'existerait pas. Mais que dire pour ce qui concerne la question des dimanches et jours de fête ? Si on considère la pratique, on voit, principalement dans les campagnes, les notaires ouvrir leurs études les dimanches et se tenir à la disposition de leurs clients. C'est également ce jour-là qu'ils placent leurs adjudications. Cela se comprend jusqu'à un certain point, tous les jours de la semaine les paysans sont occupés à leurs travaux de labours et ils se dérangent difficilement pour aller jusqu'au bourg ou au village trouver le notaire ; tandis que le dimanche ils y vont tous sans que cela les distraie de leurs travaux. En ce moment on travaille justement en vue d'arriver à faire fermer toutes les études le dimanche ; il faudrait que cette mesure fut générale pour que les études ne puissent se nuire les unes les autres et

(1) Cothéreau. *Traité théorique et pratique des notaires*, ch. 17.

soient au contraire régies par une règle uniforme. Des revues spéciales font une croisade à ce sujet et il ne serait peut-être pas mauvais qu'elles réussissent. En somme ce ne serait qu'une affaire d'habitude à prendre et la grande objection qui consiste en la perte de temps en résultant pour les paysans, tombe d'elle-même si on considère que ces mêmes paysans ne craignent pas de perdre ce même temps pour aller courir, le plus souvent sans besoin, toutes les foires des environs. Enfin ceci n'est que de la pratique et nous nous sommes un peu écartés de la question posée, « les notaires sont-ils responsables de leur refus de prêter leur ministère les jours de dimanche ou de fête ? Ici encore ce sera l'urgence de l'acte requis et les circonstances qui feront la règle du notaire et ce sera aux tribunaux à apprécier. Mais en principe il nous semble que la réponse à faire à cette question serait de dire que les notaires ne sont nullement tenus de prêter leur ministère les jours de fête. Nous trouvons, dans notre ancien droit, cette même opinion exprimée d'une façon absolue et catégorique ; les règlements généraux de police de 1735 pour la principauté de Joinville défendaient aux notaires de passer aucun acte les jours de dimanche ou de fête à peine de nullité de ces actes, d'une amende et d'encourir tout recours en dommages-intérêts de la part des parties ; les testaments et autres actes qui sont absolument urgents étaient seuls exceptés de cette prohibition. Cela semble également résulter de l'article 57 de la loi du 18 germinal an x portant que « le repos des fonctionnaires publics est fixé au dimanche. » Cette loi ne faisant

aucune exception ou distinction, on ne verrait pas quel motif on pourrait opposer au notaire qui en exciperait pour refuser son ministère. Il nous semble donc, ainsi que nous l'avons dit, que le notaire reste libre, sauf le cas d'urgence, de prêter son ministère les dimanches et jours de fête. Il n'y a pas de raison pour lui refuser le bénéfice de l'article 57 de cette loi et il n'y en a pas davantage pour l'empêcher de prêter son ministère, si bon lui semble. Ce sera à lui de juger ce qu'il croira convenable et aux tribunaux d'apprécier le plus ou moins de nécessité de l'acte requis. Les règlements de discipline intérieure des notaires sont conformes à cette manière de voir que la jurisprudence a également adoptée.

Le notaire peut légitimement refuser son ministère, avons-nous dit, si les parties sont incapables, tel serait le cas d'un individu qui voudrait faire un acte en état d'ivresse, d'un fou qui voudrait tester. Non seulement dans ces cas, c'est une faculté pour le notaire, mais c'est même pour lui un devoir de refuser son ministère. La jurisprudence est en ce sens, nous pouvons citer entr'autres un arrêt de la Cour de Bordeaux du 3 août 1841 jugeant un notaire qui, appelé à dresser le testament d'une femme, refusa de le signer parce qu'il s'aperçut que la testatrice n'était pas saine d'esprit, et fut pour ce fait, attaqué en dommages-intérêts par les héritiers frustrés à qui la Cour ne donna pas gain de cause. « Attendu, dit cet arrêt, que pour s'obliger valablement » par un acte quelconque, il faut être sain d'esprit ; que » cette nécessité s'applique encore plus spécialement

» aux donations entre vifs et aux testaments (art. 901.
» Code civil) ; attendu que les notaires sont, sans aucun
» doute, juges de la capacité et de l'état des facultés
» mentales de la personne qui a recours à leur ministère ;
» que si, aux termes de l'article 3 de la loi du 25 ven-
» tôse an xi, ils ne peuvent refuser leur ministère lors-
» qu'ils en sont requis, il faut aussi reconnaître qu'ils
» remplissent l'un des premiers devoirs de leur pro-
» fession, soit en refusant leur concours, soit en s'abs-
» tenant de clore l'acte par leur signature, lorsque le
» testateur leur paraît atteint d'aliénation mentale ou
» dans une position à ne pouvoir exprimer une volonté
» libre et spontanée ; attendu que l'art. 20 de la loi pré-
» citée d'après lequel ces officiers publics sont tenus de
» garder minute des actes qu'ils reçoivent, ne doit s'en-
» tendre que des actes parfaits..... Relaxe ledit notaire
» des fins de la plainte. » Le notaire pourrait donc re-
fuser de passer un acte dans ces conditions sans pour
cela encourir de responsabilité.

Il pourra valablement agir de même si l'acte proposé est illicite. On comprend facilement que les notaires, fonctionnaires publics, ne puissent être contraints de passer que des actes licites ; pour d'autres actes, ils sont même tenus, pour ainsi dire, de refuser leur ministère. La simple raison leur dicte la ligne de conduite à suivre et la jurisprudence n'a fait que la confirmer. Nous pouvons citer en ce sens un arrêt de la Cour de Rennes du 14 février 1842, statuant sur le cas d'un notaire qui avait prêté son ministère pour donner l'authenticité à un acte diffamatoire. « Considérant, dit cet

» arrêt, que pour échapper à cette responsabilité, le
» notaire invoque en vain l'article 3 de la loi du 25 ven-
» tôse an xi, portant que les notaires sont tenus de
» prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis; que
» cette disposition de loi sainement entendue, ne sau-
» rait imposer à un notaire qui a le sentiment de ses
» devoirs, l'obligation de recevoir des actes injurieux et
» diffamatoires contre des tiers; par ces motifs con-
» damne (1) ». — Les actes contraires aux bonnes
mœurs et illicites sont défendus à tous, simples parti-
culiers comme fonctionnaires. L'art. 6 du Code civil est
formel: « On ne peut déroger par des conventions
» particulières, porte-t-il, aux lois intéressant l'ordre pu-
» blic et les bonnes mœurs. » A ce sujet, la Chambre
des notaires de Paris a eu à se prononcer sur la question
de savoir, si un notaire doit prêter son ministère, lors-
qu'il est requis, par une veuve commune en biens et par
les héritiers de son mari, parmi lesquels plusieurs mi-
neurs, de procéder à la vente aux enchères, sans l'ac-
complissement des formalités prescrites par la loi, d'une
propriété appartenant pour des portions indivises auxdits
mineurs, encore bien que les héritiers majeurs offrent
de se porter fort pour les mineurs et de laisser la portion
afférente à ceux-ci dans le prix, ès mains de l'adjudica-
taire jusqu'à l'époque de leur majorité et de leur ra-
tification. Sur cette question assez délicate, la Chambre,
par une délibération du 10 octobre 1822, adopta la nég-
ative et décida que le notaire devait refuser son ministère.

(1) Dalloz, Respons. n° 329.

La loi ne fait aucune énumération restrictive des cas dans lesquels le notaire peut refuser son ministère ; ce sera à lui de peser avec bonne foi et impartialité les circonstances de la cause, et de voir s'il doit obtempérer à la réquisition ou s'y refuser. Sur la plainte des parties, les tribunaux apprécieront en tenant compte également de la bonne foi dudit notaire, et de la nécessité et de l'urgence de l'acte requis.

CHAPITRE II

DE LA RÉSIDENCE ET DU RESSORT

« Chaque notaire devra résider dans le lieu qui lui » est fixé par le gouvernement », porte l'article 4 de la loi du 25 ventôse an XI qui régit ce point de la matière. La fin de cet article prononce la sanction contre le notaire qui enfreint l'obligation contenue dans la première partie. L'article 6 de la même loi s'occupe du ressort en disant : « Il est défendu à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort, à peine d'être suspendu de ses fonctions pendant trois mois, d'être destitué en cas de récidive et de tous dommages-intérêts. » Ces deux articles règlent deux choses différentes, l'article 4 traite de la résidence et l'article 6 du ressort. La résidence est sim-

plement l'endroit assigné au notaire pour y fixer son étude et y garder ses minutes ; le ressort diffère beaucoup de cette résidence, c'est, dit M. Rolland de Villargues, l'étendue du territoire dans laquelle le notaire a le droit d'instrumenter. » Les actes faits en dehors de la résidence sont valables, pourvu qu'ils soient faits dans l'étendue du ressort ; ceux faits hors du ressort, au contraire, ne valent pas comme actes authentiques, le notaire n'a plus de délégation de pouvoirs, il agit alors comme simple particulier et les actes ne peuvent plus avoir que la valeur de sous-seings privés. Nous allons d'abord dire quelques mots de la résidence.

Le principe de l'obligation de résidence existait dans notre ancien droit, sans être toutefois aussi limité et aussi rigide qu'aujourd'hui. Il arrivait qu'on laissait souvent la liberté au notaire de choisir sa résidence pourvu que ce fût dans l'étendue de sa juridiction. Cette liberté dégénéra en abus et devint la source de nombreux procès. Aussi l'article 4 de la loi de ventôse est absolument formel, une résidence est fixée au notaire qui doit la conserver. La loi des 29 mars et 12 septembre 1891, article 1^{er}, posait le principe général en déclarant que les fonctionnaires, par le seul fait de leur contravention à cette obligation de résidence, sont censés avoir renoncé à leurs fonctions et doivent être remplacés. Le tribun Favard justifiait en ces termes au Tribunat les mesures adoptées dans l'article 4 : « Si le notaire pouvait trans- » férer à son gré sa résidence, disait-il, la loi aurait man- » qué son but tant pour l'avantage de la société que pour » celui des notaires en particulier. En effet, la majeure

» partie d'entre eux abandonnerait les campagnes et
» viendrait habiter les villes, pour la résidence des-
» quelles d'autres notaires auraient payé un cautionne-
» ment considérable (1). »

La résidence est établie à la fois dans l'intérêt public et dans l'intérêt particulier des notaires, d'où il suit que l'infraction à cette obligation entraîne une double réparation publique et civile et rend passible à la fois d'une amende et de dommages-intérêts. La loi de ventôse a voulu ainsi éviter que les campagnes se trouvent dégar-nies des officiers publics nécessaires à leurs habitants et que les notaires se fassent entre eux une concurrence déloyale. Elle reconnaît donc implicitement que les notaires qui ont à souffrir de cette infraction peuvent réclamer des dommages-intérêts pour réparer le préju-dice causé. Mais évidemment le fardeau de la preuve restera au notaire demandeur et comme d'un autre côté, les notaires peuvent valablement exercer leurs fonctions, sur réquisition, hors de leur résidence pourvu que ce soit dans leur ressort, cette preuve ne sera guère possi-ble que si l'infraction est habituelle. Ce que la loi ne veut pas, c'est que le notaire prenne l'habitude d'instru-menter et de recevoir ses clients hors de sa résidence et sans réquisition spéciale de leur part. Les tribunaux auront à user de leur pouvoir appréciateur dans cette question essentiellement de fait et très délicate à cause de la conciliation des principes de la résidence avec ceux du ressort. Un fait isolé ne rendra pas le notaire passible

(1) Tribunat, séance du 21 ventôse an XI.

de la sanction prononcée par l'article 4, ce sera au contraire la répétition plus ou moins accentuée de ce fait qui pourra constituer l'infraction prévue par la loi et le rendre responsable. Nous trouvons ce point parfaitement élucidé dans une circulaire du procureur général de la Cour de Caen, du 30 juin 1857, dont nous extrayons le passage suivant : « Comme l'avocat, le notaire ne » doit pas offrir ses services, mais attendre dans son » étude qu'ils lui soient réclamés. Une concurrence illi- » mitée peut entraîner les plus grands inconvénients ; » elle est un obstacle à la bonne exécution des actes ; » elle compromet la dignité du notariat et blesse les » intérêts du notaire dont la résidence est envahie..... » L'ouverture d'une seconde étude se produit toujours » sous une forme déguisée, mais on en reconnaît faci- » lement l'existence au transport plus ou moins régu- » lier et périodique du notaire infracteur au lieu de la » résidence de son collègue, à son établissement dans » un hôtel ou un autre local qui est presque toujours » le même et où il attend la clientèle à bureau ouvert, » au nombre considérable d'actes qu'il reçoit dans cette » résidence usurpée comparativement à la totalité de » ceux de son exercice, à la notoriété que sa présence » finit par acquérir à certains moments dans le lieu » choisi..... Pour échapper à l'observation de la loi, » les contrevenants allèguent qu'ils ont le droit d'instru- » menter sur tous les points de leur ressort lorsqu'ils » sont requis de le faire. Il n'est dans la pensée de » personne d'entraver l'exercice de ce droit, mais la » réquisition sérieuse qui n'a pour but que de couvrir

» des habitudes repréhensibles, ne se produit que dans
» des cas assez rares et ne saurait jamais autoriser à
» créer dans une résidence voisine tout un centre d'affaires. »

Un avis du Conseil d'Etat du 27 fructidor an xii limitait dans le même sens la faculté pour les notaires de se transporter dans l'étendue de leur ressort en disant :

» Que la loi du 25 ventôse an xi accordant aux notaires de simple justice de paix ou de troisième classe le droit d'exercer leurs fonctions dans toute l'étendue de la justice de paix, ceux qui résident dans une commune rurale dont le chef-lieu est dans une ville où siège soit une cour d'appel, soit un tribunal de première instance, peuvent, lorsqu'ils en sont requis, se transporter dans la partie de ces villes dépendant de leur justice de paix pour y instrumenter, mais qu'ils ne peuvent ouvrir une étude ni conserver le dépôt de leurs minutes ailleurs que dans le bourg ou village qui leur est assigné pour lieu de leur résidence. » Il faut donc une réquisition préalable pour justifier le notaire instrumentant hors de sa résidence, et il y a infraction grave commise par celui qui va s'établir, par exemple les jours de foire ou de marché, dans une autre commune, et soulève ainsi à ses confrères des clients. Cette infraction à la loi est malheureusement commise trop fréquemment par les notaires voisins des grandes villes, et leurs collègues reculent la plupart du temps devant des poursuites toujours très ennuyeuses. La jurisprudence est pourtant actuellement fixée et reconnaît le droit par le notaire lésé de recourir en dommages-inté-

rêts contre le notaire infracteur. Il y a en effet à la fois atteinte à l'ordre public et à l'ordre privé ; la première infraction se trouve punie par l'article 4 lui-même ; quant à la seconde, elle doit être réprimée par les principes de la responsabilité générale. Souvent il résulte pour le notaire qui reste dans son droit un dommage considérable causé par ses confrères qui ne craignent pas d'enfreindre la loi de la résidence et d'usurper sa clientèle ; ce préjudice peut facilement s'estimer en argent et il est juste qu'on lui accorde cette réparation. Ainsi que nous l'avons déjà vu, les principes de la loi de ventôse concernant la responsabilité ne sont pas exclusifs et doivent être interprétés concurremment avec les principes généraux contenus dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. Ici nous sommes justement en face d'une application des principes généraux, puisque la loi de ventôse ne prescrit rien de particulier à ce sujet. Nous pouvons citer en ce sens un arrêt de la Cour de Rouen du 9 février 1839, condamnant pour ce fait le notaire Boissel à l'amende et à des dommages-intérêts envers le notaire demandeur. A la suite de cet arrêt, il y eut pourvoi pour violation des articles 3, 4 et 5 de la loi de ventôse et de l'avis du Conseil d'Etat du 27 fructidor an XII. La Cour de cassation, par un arrêt du 15 juillet 1840, rejeta ce pourvoi. « Attendu en droit, dit » cet arrêt, qu'en consacrant le principe de la résidence » la loi du 25 ventôse an XI a textuellement parlé du » lieu de cette résidence, elle a voulu que là seulement » le notaire fut à poste fixe ; que, s'occupant avec dignité de l'exercice régulier de ses fonctions, il y atten-

» dit les personnes qui veulent réclamer son ministère,
» et qu'il n'en sortit que sur la réquisition des parties, à
» laquelle il doit obéir, c'est ainsi que l'a exprimé l'avis
» du Conseil d'Etat du 27 fructidor an XII, en disant
» que les notaires ne peuvent ouvrir une étude ailleurs
» que dans leur résidence ; attendu que l'article 1382,
» Code civil, accorde, sans distinction de cas et de per-
» sonnes, action en réparation des dommages éprouvés
» par le fait d'autrui et qu'un notaire, qui se transporte
» habituellement hors du lieu de sa résidence pour y
» exercer son ministère sans avoir été préalablement
» appelé par les parties, cause, par ce fait, aux notaires
» du même canton, un préjudice dont l'appréciation ap-
» partient à l'autorité judiciaire ; que c'est dans l'intérêt
» de l'ordre public que le ministre de la justice est ap-
» pelé à examiner si un notaire a déserté sa résidence
» entièrement ou assez souvent et assez longtemps pour
» être réputé démissionnaire ; attendu que loin de violer
» la loi du 25 ventôse et l'avis du Conseil d'Etat du
» 27 fructidor an XII, la cour royale de Rouen en a fait
» une juste application, rejette... » Nous pouvons éga-
lement citer dans le même sens un arrêt de la Cour de
Bordeaux du 13 mai 1872.

La responsabilité du notaire se trouve bien plus gra-
vement en jeu quand il enfreint la loi du ressort, car
alors, non seulement il se trouve sous le coup de l'ac-
tion disciplinaire et du recours de son confrère lésé,
mais de plus, il est civilement responsable envers les
contractants du préjudice résultant pour eux de la nul-
lité de l'acte. La loi de ventôse a voulu prévenir toute

infraction à la défense d'instrumenter hors du ressort, en décidant que le notaire, hors de la circonscription qui lui est assignée, n'a plus aucun caractère officiel, il n'est plus qu'un simple particulier et que par conséquent les actes qu'il reçoit dans ces conditions ne peuvent plus valoir que comme écritures privées s'ils réunissent les qualités voulues pour les sous-seings. Cette rigueur d'interprétation n'est pas un nouvel effet de la loi de vente, elle existait avant elle. « Comme l'autorité du » juge est bornée et limitée dans sa sphère, nous dit » Ferrière, ainsi les notaires, juges volontaires qui con- » damnent les parties de leur consentement, ne peu- » vent instrumenter ni recevoir aucuns contrats ou actes, » même *inter volentes*, sinon au-dedans de leur ressort, » hors lequel ils sont tenus et réputés pour personnes » privées, et ce sous peine de nullité des contrats, et de » répondre en leur propre et privé nom des dépens et » dommages-intérêts des parties. Néanmoins, ces con- » trats valent pour convention et écriture privée en » laquelle on considère principalement le consentement » des parties qui est du droit des gens (1) ».

Nous trouvons dans les articles 6 et 68 la réglementation relative au ressort. L'article 6 prononce contre le notaire contrevenant la suspension pendant trois mois, la destitution au cas de récidive, et tous dommages et intérêts pour dédommager les notaires ou tiers lésés. L'article 68 refuse l'authenticité aux actes faits en violation de cet article 6 et ne les laisse valoir que comme actes

(1) Ferrière, *Parf. not.*, liv. 1-8.

sous signatures privées, sauf toujours tous dommages et intérêts contre le notaire contrevenant. De graves controverses se sont élevées pour expliquer le mot « instrumenter » contenu en l'article 6. » Il est défendu à tout » notaire, porte cet article, d'instrumenter hors de son » ressort. » On se demandait dans quels cas le notaire était censé instrumenter hors de son ressort ? M. l'avocat général Delangle soutenait à la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation, le 1^{er} juin 1842, que la réception de l'acte devait s'entendre, non seulement de la lecture et de la signature du contrat, mais encore des discussions préliminaires entre les parties en présence du notaire. Plus tard, lors de la discussion de la loi du 21 juin 1843, le rapporteur de la Commission, M. Philippe Dupin, décidait au contraire que la réception des actes ne devait s'entendre que du moment où les consentements sont échangés et fixés irrévocablement, c'est-à-dire du moment où les conventions sont lues, vérifiées, acceptées et certifiées par les signatures de tous ceux qui doivent concourir à l'acte. « La réception des actes, » disait-il plus loin, c'est l'instant où le contrat se » forme, et où le notaire donnant lecture de ce con- » trat aux parties, leur dit : Est-ce là votre volonté ? » C'est l'instant où les parties signent. » Ces deux opinions, dit Dalloz, nous paraissent trop exclusives, ou plutôt peuvent être fort exactes suivant l'espèce dans laquelle elles ont été émises. Celle du rapporteur, M. Dupin, est conforme à l'esprit dans lequel a été entendu la loi du 21 juin 1843, explicative du mot « reçu » de l'article 6 de la loi de ventôse ; celle de

M. Delangle serait irréprochable si elle était exprimée au sujet d'une poursuite disciplinaire dirigée contre un notaire qui serait dans l'habitude d'aller hors de son ressort, sans en être requis, provoquer des affaires qu'il terminerait ensuite dans son étude.

Ainsi deux opinions distinctes se trouvent en présence, l'une ne voit la réception de l'acte qu'au moment de la signature des parties, l'autre est plus large et la voit même dans les discussions préliminaires. Il nous semble qu'il y aurait une opinion médiane entre ces deux extrêmes et qui se rapprocherait peut être davantage de la seconde opinion ; on pourrait soutenir que la responsabilité résultant de l'article 6 doit avoir lieu, non seulement lorsque le notaire donne à l'acte sa forme authentique hors de son ressort, mais encore lorsqu'il établit hors de ce ressort la plus grande partie de cet acte, bien qu'il l'ait achevé dans l'étendue dudit ressort. Dans ce sens nous pouvons citer un jugement du Tribunal de Blois du 3 mars 1841 : « Considérant, dit ce » jugement, que ce n'est pas seulement lorsque le » notaire fait signer aux parties la feuille de papier sur » laquelle il a transcrit leurs conventions, qu'il instruit » mente dans le sens de la loi, c'est encore lorsque, » agissant avec l'appareil extérieur qui le caractérise, » étant dans l'exercice le plus parfait et le plus solennel » de ses fonctions, il appelle les contractants, leur lit les » charges, provoque et reçoit publiquement les enchères » et les consentements, proclame enfin des adjudications qui, dans l'esprit et la conviction de toutes les » parties, constituent d'irréfragables conventions ; qu'il

» est certain, en effet, que c'est la présence du fonctionnaire et l'autorité dont il est revêtu qui donnent à ces adjudications leur véritable caractère ; que c'est lui qui offre aux contractants les garanties que les opérations sont sérieuses et qui sert de lien commun entre des vendeurs et des acquéreurs qui, la plupart du temps, ne se connaissent pas ; qu'il y a donc lieu de décider en droit que, dans le sens de l'article 6 de la loi de ventôse, l'instrumentation hors du ressort n'est autre chose que l'exercice public et solennel des fonctions notariales.... » Ce que ce jugement dit de l'adjudication pourrait facilement être étendu aux autres actes. Cependant la jurisprudence paraît-être en sens contraire et interprète le mot « instrumenter » dans son sens le plus restreint. Instrumenter c'est uniquement recevoir l'acte, le dresser sous la forme authentique. Nous pouvons citer en ce sens un arrêt de la Cour de Cassation du 3 juillet 1826. « Attendu, porte cet arrêt, qu'il a été décidé en fait qu'aucun acte n'avait été dressé par le notaire dans la commune étrangère à son ressort ; qu'il était au contraire établi qu'il avait déclaré aux parties qu'il ne pouvait recevoir d'actes hors de son canton et que ceux qu'il avait reçus, pour constater les ventes dont il s'agissait, avaient été passés dans le lieu de sa résidence ; que, dès lors, il n'avait pas instrumenté hors de son ressort. » Dans le même sens arrêt de la Cour de Cassation du 21 mai 1873 (1). Cette jurisprudence laisse aux notaires une grande latitude, favo-

(1) Dalloz, 1826-I-311. — 1873-I-225.

nable au développement de leurs affaires, mais pouvant facilement dégénérer en abus.

D'ailleurs, une fois l'infraction commise et prouvée, le notaire contrevenant est passible, comme nous l'avons dit, de dommages-intérêts et envers les notaires ses collègues que son infraction a pu léser, et envers les contractants qui ont souffert par suite de la nullité de leur acte. Il résulte donc de ce que nous venons de voir, que les infractions par le notaire, à la loi de la résidence et à celle du ressort, entraînent pour lui l'ouverture de sa responsabilité, mais que dans le premier cas, il ne peut y avoir qu'un autre notaire qui ait intérêt à agir contre lui, tandis que dans le second, sa responsabilité peut être gravement en jeu, puisque la loi prononce la nullité comme authentique de l'acte passé hors du ressort. Cette responsabilité sera plus ou moins grande et est laissée au pouvoir appréciateur des tribunaux ; dans certains cas, elle pourra être très minime en raison de ce que l'acte, valant comme sous seing privé, remplacera l'acte authentique ; mais pour d'autres actes pour lesquels l'authenticité est nécessaire, cette responsabilité pourra s'étendre à tout le préjudice causé. Ce sera aux tribunaux à apprécier le degré dans lequel la responsabilité du notaire a été encourue et la réparation dont il est passible.

CHAPITRE III

DES OBLIGATIONS MORALES IMPOSÉES AUX NOTAIRES

Les notaires ont des fonctions très graves et très importantes pour la société ; « ils exercent, dit Domat, » un ministère de justice et de paix entre les parties, » d'où dépendent le repos des familles, la sûreté de » leurs biens, la fermeté des engagements, les liaisons » des sociétés et des commerces les plus importants, » et la médiation et négociation des affaires qui ont le » plus de conséquence pour toutes personnes (1) ». On comprend facilement que, dans ces conditions, ils ne soient pas purement passifs et réduits à la rédaction des actes. Les notaires doivent être les confidents de leurs clients, les dépositaires de leurs secrets les plus intimes en même temps que leurs conseils. Leurs devoirs consistent à éclairer, conseiller leurs clients et veiller à la conservation de leurs droits. Ils doivent s'assurer que la bonne foi préside aux conventions qu'ils réalisent et avertir les parties des vices qui peuvent s'y trouver. En ce sens, nous pouvons citer un arrêt de la Cour de Rennes du 21 mars 1870. Les contractants sont ainsi poussés à se fier aux notaires parce qu'ils sont sûrs de leur discrétion ; ils viennent leur demander des conseils

(1) Domat. *Droit public*. Livre 2. tit. 5 section 5.

parce qu'ils ont foi dans leur intelligence et leurs connaissances ; ce sera aux notaires de justifier cette confiance et de ne pas la voir se tourner contre eux. La loi de ventôse n'a pas ici apporté de sanction à ces devoirs moraux, il est évident pourtant que, dans certains cas, le notaire peut être déclaré responsable et comme tel, condamné à réparer le préjudice causé. Nous allons dire quelques mots à ce sujet des obligations du notaire comme conseiller et de l'obligation au secret.

Un des devoirs moraux pour le notaire est, avons-nous dit, d'éclairer les contractants sur la portée juridique de leurs actes et de leur donner des conseils afin de rendre ces actes inattaquables, d'en assurer la parfaite exécution et de prévenir toutes les contestations qu'on pourrait soulever à leur sujet. C'est à lui, notaire, de donner à l'acte toute la force nécessaire pour produire l'effet qu'on en attendait. « A côté des fonctionnaires qui concilient et jugent les différends, disait le conseiller d'Etat Réal, la tranquillité publique appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ces engagements avec clarté, leur donnent le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchant les différends de naître entre les hommes de bonne foi et enlevant aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation. Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, cette espèce

de juges volontaires qui obligent irrévocablement les parties contractantes sont les notaires. » On conçoit facilement que le notaire, comme conseiller, est tenu d'une obligation purement morale ; le conseil ne lie pas celui à qui il est donné, il peut avoir plus ou moins d'influence sur sa détermination, mais il ne la force en aucune façon et il laisse le client libre d'agir selon sa volonté et sa fantaisie. En règle générale, il serait donc mal venu de se plaindre du conseil que lui a donné le notaire et des suites malheureuses qu'il a pu avoir ; toutefois la responsabilité de celui-ci pourra être en jeu lorsque sa bonne foi sera contestée. Nous pouvons citer sur ce point un arrêt de la Cour de Caen du 8 février 1857, déclarant un notaire non responsable du défaut de solidité d'un emploi qu'il a conseillé de bonne foi et en sa qualité seulement de notaire instrumentaire, en dehors de tout mandat et gestion d'affaire. « *Consilii non fraudulentum nulla est obligatio.* » Tant qu'il n'y aura pas fraude ou dol, et que la bonne foi du notaire comme conseiller ne sera pas contestée, sa responsabilité ne sera pas en question ; si, au contraire, il a agi avec mauvaise foi, il pourra valablement être actionné et se voir condamné à réparer le préjudice résultant de sa fraude. Cette question de fait dépendra de l'appréciation des tribunaux ; souvent le conseil se confondra avec un mandat ou une gestion d'affaires et se trouvera régi par les règles spéciales à ce sujet ; ce sera aux juges de démêler le véritable caractère d'après lequel le notaire a agi et de décider en connaissance de cause. La jurisprudence nous montre une grande variété de solutions sur

ce point en raison même de la facilité de transformation du conseiller en mandataire. Ce qui distingue le conseil du mandat, c'est qu'il ne renferme en lui-même aucun principe d'obligation; celui qui donne un conseil n'est pas substitué à la partie et n'entre aucunement dans l'exécution. Il y aura mandat, au contraire, si, non content de donner son avis, on intervient dans l'opération. « Il est de l'essence du contrat de mandat, dit Pothier, que le mandataire ait la volonté de s'obliger » (1). C'est cette volonté que doivent avoir le mandant et le mandataire de s'obliger l'un envers l'autre, qui distingue le mandat du conseil; car, dans le cas de conseil, les parties ne contractent aucune obligation l'une envers l'autre. Ce sera donc une question de fait à élucider par les tribunaux et qui ressortira des circonstances et des termes employés.

Mais s'il est du devoir des notaires d'éclairer et de conseiller les parties, on ne peut raisonnablement leur demander d'être infaillibles; leur profession nécessite une grande connaissance du droit et les rend plus aptes que tous autres pour conseiller les parties; mais de là à leur demander d'avoir toujours raison, il y a loin. Somme toute, au fond, c'est aux parties à faire leurs affaires et à choisir un conseiller qui ne trompera pas leur confiance, le notaire n'est aucunement tenu de se substituer à elles, il suffira qu'il agisse avec bonne foi et qu'il ne commette pas de faute lourde. Pour apprécier cette faute, le plus ou moins d'ignorance des clients, le plus ou

(1) Pothier. *Du Mandat*, 18.

moins de confiance qu'ils lui avaient accordée, entreront en ligne de compte, mais nous croyons que les juges ne devront se prononcer pour la responsabilité du notaire comme conseiller que dans des cas fort rares. « L'obligation morale de donner des conseils aux parties, de les éclairer sur l'efficacité d'un acte, dit M. l'avocat général Delangle, ne peut pas s'étendre jusqu'à le rendre responsable de cet acte, si le conseil a été donné de bonne foi. » En ce sens, Lyon 19 janvier 1866. Toutefois le notaire qui, devenu volontairement le conseil d'un client, a manqué de la prudence et des connaissances nécessaires, peut être déclaré responsable des dommages que sa faute a occasionnés. Nous pouvons citer en ce sens un arrêt de la Cour de Rouen du 16 mars 1870. Il en serait de même si le conseil a été donné de mauvaise foi ou par faute lourde ou par imprudence grave. En ce sens, Cour de cassation, 15 mai 1874 et 2 juillet 1878.

Un autre devoir moral imposé aux notaires résulte de ce que l'on appelle le secret professionnel. Les notaires, conseils des parties, recevant par conséquent toutes leurs confidences relativement à leurs affaires, devaient nécessairement être tenus de garder, sur tout ce qui leur est ainsi confié, une discrétion absolue. « Les notaires, disait Ferrière, sont obligés de garder le secret dans les affaires qui leur passent entre les mains (1). » Le secret, disait M. Cailly, le 12 prairial an VII, dans son rapport au conseil des Anciens, le secret est de l'essence des fonctions du notaire; c'est de lui que

(1) Ferrière, *Parf. notaire*, liv. 1, ch. XVIII.

dépendent souvent l'honneur et la fortune des familles. La loi de ventôse, pour mieux assurer l'exécution de ce devoir moral, défend, aux notaires, par son article 23, de donner connaissance des actes à d'autres qu'aux intéressés, à leurs héritiers ou ayants droit. Conseiller d'un côté, ainsi que nous venons de le voir, tenu d'autre part à garder les secrets qui lui sont confiés, le notaire se trouve souvent dans une situation difficile qui peut quelquefois n'être tenable que si on lui laisse sa liberté d'action et d'appréciation pourvu qu'il reste dans les limites de la bonne foi. Les juges apprécieront, après avoir pesé les circonstances de la cause, si oui ou non il y a lieu de le rendre responsable.

Une question qui est très controversée en doctrine et en jurisprudence est celle de savoir si les notaires sont passibles des peines édictées par l'article 378 Code pénal et peuvent se retrancher derrière leur obligation au secret même lorsque leur témoignage est réclamé en justice. L'article 378 nous semble dans sa formule générale englober les notaires comme toutes les personnes astreintes au secret : « Toutes autres personnes, dit cet article, dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punies..... » La loi ne fait aucune exception, il n'y a donc pas de motifs pour séparer les notaires des autres personnes visées par l'article 378, puisqu'ils semblent se trouver dans les conditions voulues pour être régis par cet article.

L'ancienne jurisprudence reconnaissait aux notaires le

droit de se retrancher derrière leur obligation au secret à moins qu'il ne s'agit d'affaires criminelles parce que alors l'intérêt public doit primer l'intérêt privé. Il nous semble que c'est encore cette ligne de conduite qui doit être suivie aujourd'hui, et qui s'impose en quelque sorte, car comment veut-on que les particuliers aient assez de confiance dans les notaires si on permet à ces officiers de divulguer ce qu'on leur confie. En ce sens, Bordeaux 16 juin 1833, et Compiègne 18 décembre 1851. « L'ordre public réclame cette décision, dit M. Rolland de Villargues, et la solution contraire compromettrait la morale du notariat et cette institution elle-même. »

Souvent le notaire se trouve pris entre son obligation au secret et son devoir de conseiller, on se demande alors quelle ligne de conduite il doit tenir pour ne pas engager sa responsabilité ? Cette question ne laisse pas d'être également controversée. Ainsi par exemple, le notaire doit-il révéler aux parties les droits ou charges que des tiers peuvent avoir sur l'immeuble objet du contrat et dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ? Nous pouvons d'abord poser en principe que s'il y a fraude ou dol de la part du notaire, sa responsabilité se trouvera sûrement engagée ; sur ce point, tout le monde est d'accord, mais que faut-il décider en dehors de ce cas ?

En général il nous semble, et la pratique est en ce sens, qu'il faut avant tout respecter le secret. « Un notaire qui passe un acte, dit Ferrière, ne peut jamais être obligé de déclarer un fait dont il a connaissance, à

l'exception de son propre fait (1). » Comme nous le disions quand nous avons parlé du rôle du notaire conseiller, c'est, avant tout, aux parties contractantes à faire ce que la prudence exige, à consulter et à s'entourer de précautions suffisantes ; à elles de voir si oui ou non elles sont bien renseignées sur l'acte qu'elles veulent accomplir. La conservation des hypothèques est établie justement dans le but d'éclairer les parties et les tiers ; si elles ne prennent pas tous les moyens que la loi met à leur disposition pour agir en connaissance de cause, elles seront en faute et ce sera, à bon droit, qu'elles souffriront le préjudice qui pourra en résulter. Si au contraire on forçait le notaire à divulguer les secrets qu'on lui a confiés, il n'y aurait plus aucune sécurité pour les particuliers et l'institution ne remplirait pas le but pour lequel elle a été créée, qui est de faciliter les affaires.

L'opinion contraire fait prévaloir le devoir de conseiller sur l'obligation au secret. Les notaires, disent ses partisans, sont avant tout les conseillers légaux et désintéressés des parties, il est donc incontestable que la bonne foi et les devoirs imposés aux notaires comme conseils doivent absolument primer l'obligation à la discrétion. Cette obligation au secret n'est en effet imposée au notaire que dans l'intérêt des particuliers, et si cette obligation ne servait qu'à les tromper plus sûrement, elle manquerait le but qu'on s'était proposé. Nous pouvons citer en ce sens un arrêt de la Cour d'Aix du 28 avril 1870.

(1) Ferrière. *Parf. notaire*, livre 1, chap. XVIII.

Comme nous l'avons dit, nous préférons l'opinion adverse, mais toutefois nous ne voulons pas la pousser à l'excès. Ainsi il nous paraît évident que si la charge existant sur l'immeuble était au profit du notaire lui-même, il serait tenu de la déclarer. Quand les charges sont à son profit, il y aurait évidemment injustice flagrante à l'autoriser à garder le secret et à le décharger en ce cas de la responsabilité. Cela était déjà reconnu dans notre ancien droit : « C'est une jurisprudence établie par les arrêts, écrivait Basnage, que si un notaire reçoit un contrat de constitution de rente, par lequel l'obligé déclare que ses biens ne sont affectés à aucune autre rente et qu'il ne s'oppose point à cette déclaration lorsqu'il est créancier de la même personne, pour la peine de son silence frauduleux, on lui fait perdre son hypothèque (1). » Il y a là une simple question d'honnêteté, et il serait difficile de justifier le notaire au profit duquel des charges se trouvent déjà exister sur un immeuble et qui néanmoins ne laisse pas de déclarer dans un acte que ce même immeuble est net de toutes charges. La jurisprudence est dans ce sens, et sa manière de voir est parfaitement équitable. Les juges auront leur libre appréciation des faits et des circonstances, et jusqu'à preuve contraire ils présumeront la bonne foi du notaire, laissant aux réclamants la faculté de démontrer sa culpabilité.

(1) Basnage. *Traité des Hypothèques*, 272.

CHAPITRE IV

DE LA RÉCEPTION DES ACTES

Les notaires sont établis pour recevoir les actes et leur donner le caractère authentique ; ce principe est consacré par l'article 1^{er} de la loi du 25 ventôse. Ils doivent eux-mêmes recevoir leurs actes, c'est-à-dire constater l'accord des parties, les faire signer en leur présence après les avoir éclairées sur les suites juridiques des actes qu'elles veulent passer. La loi est formelle sur ce point : le notaire doit lui-même exercer son office et recevoir les actes ; et ce principe a été posé, dans l'intérêt public et dans celui des particuliers, afin que le notaire ait son attention plus fortement attirée sur l'acte qu'il s'agit de rédiger, et qu'il examine plus scrupuleusement sa légalité et ses conséquences. La pratique, toutefois, a trouvé cette règle gênante, et le plus souvent les actes sont dressés par les clercs, le principal se charge de faire signer les parties, et le notaire ne signe qu'après coup. En agissant ainsi, la responsabilité du notaire se trouve engagée, et, si cela était prouvé, il pourrait se voir valablement condamné à réparer le préjudice causé. C'est le notaire qui, ordinairement, rédige ou fait rédiger son acte par ses clercs, mais ce n'est pas là pour lui une obligation, il peut valablement accepter que les parties lui apportent leur acte tout rédigé ; dans ce cas il s'assu-

ra de la validité et de la légalité de l'acte et pourra fort bien le recevoir comme tel. Cette manière d'agir lui est, il nous semble, purement facultative, puisqu'il peut être déclaré responsable de la nullité de ses actes, il est tout juste qu'on le laisse libre de les rédiger à sa guise. M. Jouselin, député du Conseil des Anciens, s'exprimait ainsi à la séance du 13 prairial an VII : « Les notaires doivent toujours rester les maîtres de la rédaction de leurs actes, et on ne peut pas supposer qu'un juge ou un tribunal leur ordonnera de recevoir un acte conforme au modèle qui leur sera présenté.... » C'est là, je crois, la vraie manière de voir ; en pratique, la plupart du temps, le notaire accepte le modèle qui lui est présenté, pourvu qu'il n'ait rien d'illégal, et à toute éventualité, il mentionne que l'acte a été fait « sur modèle présenté et à l'instant rendu. »

Cette mention seule couvrirait-elle la faute rendant le notaire responsable ? Il est évident que non, mais elle pourra lui servir de preuve pour montrer que c'est sur la réquisition expresse des parties qu'il a fait l'acte de cette façon et se faire décharger ainsi de partie ou de toute la responsabilité.

Le notaire doit viser à rendre par sa rédaction l'acte le plus clair possible de façon à ce qu'il ne prête à aucune ambiguïté. Cette rédaction, il la fait ratifier implicitement par les parties qui signent l'acte après la lecture qu'il leur en fait. Mais cette ratification n'est entendue qu'au point de vue des conventions contenues dans l'acte, et les parties pourront toujours recourir contre le notaire pour le préjudice résultant des vices de

forme ou de fautes grossières commises par lui dans l'exercice de ses fonctions. Plus les parties seront illettrées et plus sera grande la responsabilité du notaire. Ce sera encore là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux.

Le notaire répond de la vérité des faits qu'il atteste, mais il n'est garant ni de la vérité des faits allégués, ni des actes produits par les parties, pourvu qu'il ait agi sans fraude. Cela se comprend aisément, le notaire officier ministériel, tenu de passer les actes pour lesquels il est requis, est chargé de leur donner la forme authentique, mais on ne peut lui demander de rechercher si tous les faits que les parties allèguent devant lui sont vrais, il ne peut répondre que de ce qu'il voit. Sans doute, il se fera représenter tous les titres pouvant le renseigner à ce sujet, mais il ne peut pas moins être induit en erreur et dans ce cas il ne pourra être actionné en responsabilité que s'il a agi avec une négligence grossière. Deux clients, par exemple, viennent devant un notaire pour passer un bail ; ce que le notaire constate, ce dont il répond, c'est de la déclaration faite devant lui par l'une des parties de louer son immeuble à l'autre, et on ne peut lui demander d'être garant du titre de propriétaire allégué par le bailleur. C'est en somme aux parties à prendre leurs informations.

CHAPITRE V

DE L'ENREGISTREMENT DES ACTES

Pour l'enregistrement des actes qu'ils passent, les notaires sont de véritables mandataires légaux des parties, et comme tels ils peuvent être déclarés responsables du non enregistrement envers le fisc et envers les parties.

La loi du 22 frimaire an VII et celle du 16 juin 1824 consacrent cette obligation du notaire vis-à-vis le Trésor. D'après ces lois le notaire répond des droits dont l'acte était susceptible par lui-même, sous peine d'en-courir la sanction prononcée par l'article 33 de la loi de frimaire, portant que : « Les notaires qui n'auront pas fait enregistrer leurs actes dans les délais prescrits payeront personnellement, à titre d'amende et pour chaque contravention, une somme de cinquante francs s'il s'agit d'un acte sujet au droit fixe, ou une somme égale au montant du droit, s'il s'agit d'un acte sujet au droit proportionnel sans que la peine puisse être au-dessous de cinquante francs. Ils seront tenus en outre du paiement des droits, sauf leur recours contre les parties pour ces droits seulement. Cette mesure a été prise dans le but d'accélérer la rentrée des impôts et elle se base sur ce que le notaire est détenteur de la minute des actes et qu'il est par conséquent plus facile et plus logique d'avoir recours contre lui. D'ailleurs, il est parfaitement permis

aux notaires de réclamer la consignation préalable des droits d'enregistrement. Une circulaire récente, je crois, leur a même prescrit d'exiger cette consignation. Cela se comprend facilement ; souvent les droits sont fort élevés et pouvaient causer un embarras pour le notaire, et dans tous les cas il courait le risque de se retrouver devant un client insolvable, de là des difficultés nombreuses. La consignation préalable évite tous ces ennuis, et elle est demandée à juste titre ; si l'enregistrement exige du notaire le paiement des droits, ce n'est seulement que pour la facilité de la rentrée de ces droits, car il est évident que ce n'est pas lui qui les doit, mais bien la partie. Toutefois il faut que le notaire annonce aux contractants son intention de ne faire l'acte que s'ils consignent préalablement les droits. S'il ne faisait pas cet avertissement, il pourrait voir engager sa responsabilité. Nous trouvons en ce sens un arrêt de la Cour de Bourges du 29 avril 1823, déclarant responsable un notaire qui avait refusé de signer un acte, et par conséquent de le faire enregistrer, alors qu'il était déjà signé des parties, et cela, sous prétexte que la consignation préalable des fonds n'avait pas été faite. La Cour, dans cet arrêt, nous semble avoir fixé un peu rigoureusement la responsabilité du notaire. Dans le même sens nous pouvons citer un arrêt de la Cour de Nîmes du 14 février 1813. » Attendu qu'en principe, dit cet arrêt, le fait matériel de l'enregistrement d'un acte reçu par un notaire est la charge spéciale et l'obligation personnelle du notaire ; que, seul propriétaire de la minute et ne pouvant s'en dessaisir, c'est à lui à donner à l'acte toute la perfection

dont il est susceptible et le complément qui lui est nécessaire pour en faire un acte public ; Attendu qu'étant en son pouvoir, sous l'empire de toutes les lois, d'exiger, au moment de l'acte et avant la signature, de la partie à la charge de laquelle le paiement des frais a été stipulé, la consignation entre ses mains d'une somme suffisante pour y satisfaire, dès le moment que les parties se sont retirées de son étude sans faire cette consignation, il a assumé sur lui l'obligation d'en faire l'avance ; attendu que d'après l'article 9 de la loi de décembre 1790, l'omission de l'enregistrement soumet les notaires à deux peines, l'une envers la partie, l'autre envers le fisc... » C'est donc aux notaires à prendre ses précautions et à avertir les clients qu'il exige la consignation des droits. Cette façon d'agir est d'autant plus juste qu'on ne lui reconnaît pas le droit de demander les intérêts des sommes qu'il a ainsi avancées, du moins beaucoup d'arrêts sont en ce sens, et en pratique ces intérêts ne sont pas demandés.

Le dommage ainsi causé aux parties par le non enregistrement de leur acte peut être quelquefois considérable ; ainsi par exemple, le dommage peut être très grand pour l'acheteur qui n'a pu faire transcrire son acte parce qu'il n'a pas été enregistré, il en serait de même pour la partie qui ne pourrait faire lever une inscription par suite du non enregistrement de l'acte de mainlevée. Dans tous ces cas, le notaire pourrait être condamné à réparer le préjudice causé. Sous l'empire de la loi de 1790, la responsabilité du notaire vis-à-vis des parties pouvait être plus souvent et plus gravement engagée, en

raison de ce que l'enregistrement servait à compléter l'acte et à fixer sa date. Maintenant l'acte reçu par un notaire a, par lui-même, le caractère authentique, le préjudice éprouvé par les parties sera donc moins répété.

Dans la pratique actuelle, les notaires évitent cette double responsabilité en exigeant de leurs clients la consignation des droits; malheureusement, dans les campagnes principalement, l'usage contraire se trouve encore en vigueur. Il en résulte pour les notaires un grand roulement de fonds et des ennuis nombreux.

CHAPITRE VI

DE CERTAINS DEVOIRS SPÉCIAUX

Certaines lois ou ordonnances ont imposé aux notaires, en dehors de la loi de ventôse, soit des obligations nouvelles, soit des formes spéciales pour certains de leurs actes. L'infraction à ces formalités ou à ces obligations peut engendrer une action en responsabilité contre le notaire, tout aussi bien que la non observation des prescriptions de la loi de ventôse. Nous avons déjà dit que les préceptes de cette loi devaient s'appliquer concurremment avec les autres lois et règlements. La loi de ventôse a été créée spécialement pour le notariat, mais

elle n'est pas exclusive de toute autre loi et notamment les principes spéciaux à certains actes doivent être appliqués de préférence aux principes généraux contenus en ladite loi. Le notaire ne doit donc pas se contenter de connaître la loi fondamentale du notariat, mais il doit encore être instruit des diverses lois et règlements. A ce propos, nous partagerions facilement une opinion qui tend à gagner et voudrait que l'on demandât aux notaires de prouver leur intelligence du droit, en produisant au moins leur brevet de licencié. On ne comprend pas que les notaires qui, avec les avocats, ont peut-être le plus à s'occuper du droit, et tiennent en mains les intérêts les plus graves, ne soient pas tenus de prouver cette science préliminaire, dont l'absence cause trop souvent des fautes nombreuses et entraîne dans des frais qui auraient pu facilement s'éviter.

Nous allons passer en revue quelques-uns des principaux cas où des obligations spéciales sont imposées aux notaires.

L'article 113 du Code civil nous fournit une de ces obligations particulières. Aux termes de cet article, les tribunaux commettent un notaire pour représenter les présumés absents dans les inventaires, comptes, liquidations et partages dans lesquels ils peuvent être intéressés. L'article 931 du Code de procédure a une disposition analogue au sujet des intéressés qui sont non présents. Dans ces deux cas, la loi a voulu protéger les intérêts des absents et pour cela elle a rendu les actes en quelque sorte plus solennels en y appelant un notaire supplémentaire qui sera là pour sauvegarder les intérêts en

jeu, et veillera à la loyale exécution de l'acte ; il sera un véritable mandataire de l'absent et comme tel il pourra être déclaré responsable, non seulement de sa faute lourde, mais même de sa négligence. Si la responsabilité du notaire ne pouvait être ainsi mise en jeu, le but poursuivi par la loi ne serait pas atteint ; le notaire commis finirait fatalement par s'abstenir de figurer à des opérations qui, en somme, ne constituent pour lui qu'une corvée, et les intérêts des absents se trouveraient gravement compromis. Et même, si l'absent ou le non présent était lésé par un acte où les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées, il pourrait s'attaquer aux deux notaires et les faire condamner solidairement à des dommages-intérêts et à la réparation du préjudice causé. — La loi a donc pris toutes les précautions désirables pour concilier les intérêts des présents avec ceux des absents, elle a choisi l'homme qui lui offrait le plus de garanties pour protéger ces intérêts et c'est là une marque de confiance qu'elle a donnée au notaire, à charge par lui de la mériter ; il est donc juste qu'elle se montre plus sévère envers celui qui trahit ainsi sa confiance.

Une seconde obligation spéciale imposée aux notaires est relative aux interdits et aux personnes assistées d'un conseil judiciaire. D'après l'article 18 de la loi de ventôse, les notaires sont tenus d'exposer dans leurs études un tableau sur lequel ils doivent inscrire les noms, prénoms et demeures des personnes qui, dans l'étendue de leur ressort, sont interdites ou assistées d'un conseil judiciaire, ainsi que la mention des jugements relatifs ; le tout immédiatement après la notification qui en aura

été faite et à peine des dommages-intérêts des parties. Les articles 501 Code civil et 897 Code de procédure édictent la même obligation. L'article 501 fait même une prescription plus générale en déclarant que le jugement qui prononce l'interdiction devra être affiché dans les études des notaires de l'arrondissement, tandis que l'article 18 loi de ventôse disait simplement que le notaire devra tenir tableau des personnes qui, dans l'étendue du ressort où il peut exercer, sont interdites et assistées d'un conseil judiciaire....., et semble par conséquent plus restrictif, à moins que l'on ne suppose qu'il ait voulu parler de l'étendue du ressort du tribunal où il peut exercer. Enfin cela importe peu, l'article 501 est très explicite et plus étendu, il doit être suivi.

La responsabilité du notaire se présentera dans ce cas rarement en pratique ; il serait en effet presque impossible de prouver que l'inscription n'existait pas lors du contrat, car il serait facile au notaire de l'ajouter après coup. Toutefois il nous semble que même si le notaire tenait régulièrement son tableau, il pourrait néanmoins, dans certains cas, être déclaré responsable. Sans doute, les parties sont libres d'aller consulter le volume où sont consignés les noms des interdits, mais elles négligent trop souvent de le faire, et n'oublions pas que le notaire est le conseiller des parties et qu'ici il n'y a pas de secret professionnel à garder, la loi désirant au contraire qu'il y ait la plus grande publicité possible. Dans ces conditions, les tribunaux rendront en partie responsable le notaire qui aurait laissé un interdit contracter, sans avertir la partie adverse de l'incapacité qu'il connaissait. Ce sera là

une question de fait que les juges apprécieront, et comme la partie opposée aura de son côté à se reprocher une négligence, il est juste qu'elle en supporte en partie les conséquences. Il est évident que si on faisait la preuve de l'omission sur le tableau au moment du contrat, ce serait le notaire qui supporterait seul tout le poids de la responsabilité ; les parties, ne pouvant se renseigner, n'auront plus de négligence à se reprocher et se feront valablement rembourser du préjudice causé. De plus, s'il y avait faute lourde ou dol du notaire, on retomberait sous le coup de la responsabilité générale et même si son tableau était bien tenu, il se verrait valablement déclarer responsable.

Une troisième obligation spéciale concerne les contrats de mariage. Aux termes de l'article 68 du Code de commerce, le notaire qui a reçu le contrat de mariage d'un commerçant est tenu de le rendre public dans les formes prescrites par l'art. 67, sous peine de cent francs d'amende et même de destitution, et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission est la suite d'une collusion. (L'amende a été réduite à vingt francs par la loi du 16 juin 1824). Cette publicité consiste en la remise par le notaire d'un extrait du contrat, dans le mois de sa date, aux greffes du tribunal de première instance et de commerce, aux chambres d'avoués et de notaires du domicile des époux. (Art. 872, Code de procédure civile). Dans le commerce, il est très important de connaître le régime matrimonial de ceux qui traitent avec vous, afin de savoir la somme de garantie qu'ils peuvent vous offrir et par conséquent le crédit que vous pouvez leur accorder. Le régime de communauté

est plus favorable par exemple que celui de séparation de biens ou de non communauté. Les tiers peuvent facilement être trompés par le grand train de vie des époux, il leur faut au moins savoir sur quelles garanties ils doivent compter, et sur quelles bases repose ce train apparent. C'est pour ce motif que la loi demande cette publicité du contrat de mariage qui permettra ainsi aux tiers d'agir relativement en connaissance de cause. Comme sanction, le notaire contrevenant peut être condamné à l'amende et en plus déclaré responsable du préjudice résultant pour les tiers.

L'article 1394 du Code civil, modifié par la loi du 10 juillet 1850, nous offre encore un exemple d'obligation spéciale imposée aux notaires relativement aux contrats de mariage. Aux termes de la loi de 1850, le notaire devra donner lecture aux parties de l'art. 1391 et de l'art. 1394 dernier alinéa du Code civil, à peine de dix francs d'amende, en faire mention dans le contrat et délivrer aux parties un certificat sur papier libre et sans frais énonçant ses nom et lieu de résidence, les noms, prénoms et qualités des futurs époux, ainsi que la date du contrat; et le certificat indiquera en outre qu'il doit être remis à l'officier de l'état-civil avant la célébration du mariage. Le notaire pourra rarement être déclaré responsable pour l'omission de ces formalités. Beaucoup soutiennent même qu'il ne peut jamais encourir que l'amende et que sa responsabilité ne se trouve pas engagée. Ils s'appuient sur ce que la loi impose à l'officier de l'état-civil l'obligation d'interpeller les parties sur le point de savoir si oui ou non il a été fait un contrat de

mariage, et ils prétendent que, par conséquent, c'est lui qu'on doit rendre responsable des suites de l'omission de cette interpellation. Dans la pratique, en effet, le notaire ne pourra guère être déclaré responsable; d'un côté, l'officier de l'état-civil doit interpellier les parties, ainsi que nous l'avons dit, afin de savoir si elles ont fait un contrat; et d'autre part, la loi de 1850 a protégé les tiers contre les fausses déclarations des futurs époux en édictant que, dans ce cas, la femme sera réputée à l'égard desdits tiers capable de contracter dans les termes du droit commun; la responsabilité du notaire se trouve donc couverte par le fait. Mais en droit, il nous semble que le notaire est responsable, aucun texte ne fait d'exception en sa faveur, et puisqu'il y a un préjudice causé par sa faute, il doit le réparer. (Art. 1382 et 1383.)

L'article 1397 déclare encore responsable le notaire qui délivre une expédition d'un contrat de mariage sans transcrire à la suite une contre-lettre qui y a été ajoutée. Cet article est absolument formel et la contravention mettrait le notaire sous le coup de dommages-intérêts de la part des parties ou des tiers lésés.

DEUXIÈME PARTIE

Responsabilité des notaires à raison de leurs actes

Dans cette seconde partie nous trouverons la responsabilité notariale plus rigoureusement appliquée et cela avec raison, car il nous semble que s'il y a un cas dans lequel on doit déclarer un notaire responsable, c'est à juste droit pour les fautes commises dans la rédaction ou la facture de ses actes. Le notaire, nous l'avons déjà dit, a des fonctions très graves et très sérieuses au point de vue des intérêts nombreux qu'elles concernent, il doit donc, sous peine de montrer une légèreté qui frise la faute, connaître parfaitement son métier avant de faire offre de ses services au public et être décidé à supporter les suites de son impéritie ou de sa négligence. Les juges auront à apprécier dans quels cas et dans quel degré la responsabilité est encourue et quel sera le montant de la réparation à accorder. Pour l'étude de cette partie de notre matière, nous ferons une distinction entre deux sortes de nullités : celles qui touchent au fond même du droit ou nullités intrinsèques, et celles qui ne concernent que la forme ou nullités extrinsèques.

CHAPITRE PREMIER

DES NULLITÉS INTRINSÈQUES

On a longtemps hésité à rendre les notaires responsables des nullités concernant le fond du droit. Dans notre ancien droit principalement, cette question était fort controversée. MM. Augan (*Cours de notariat*, page 80), et Massé (livre 1, chap. xvii), enseignaient que les erreurs sur le fond du droit n'engageaient jamais la responsabilité du notaire. On peut citer en ce sens un jugement du tribunal de Moulins, du 11 mai 1826 : « Attendu, dit ce jugement, que les notaires, suivant la jurisprudence la plus constante, ne sont tenus des dommages-intérêts pour vices de leurs actes, que lorsqu'il y a dol de leur part ou faute lourde, *lata culpa dolo proxima* ; attendu qu'il faut distinguer entre les fautes lourdes celles qui ont été commises contre le fond du droit et celles qui l'ont été contre les formalités de l'acte, qu'il a toujours été admis que le notaire n'est point passible des dommages-intérêts à raison de la faute contre le fond de droit, en sorte que les fautes les plus graves commises dans une liquidation de communauté, sur les principes des reprises, récompenses ou autres, ne pourraient entraîner de responsabilité contre cet officier ministériel ; attendu qu'en ce qui touche les formalités de l'acte, il faut encore distinguer entre les formalités intrinsèques et les formalités extrinsèques ; que les for-

malités intrinsèques sont celles qui appartiennent à la substance de la stipulation, qui sont du fait des parties et pour l'accomplissement desquelles le notaire ne peut être considéré que comme rédacteur et interprète de leurs volontés ; telles sont l'acceptation d'une donation entre vifs, la désignation de la nature et la situation d'un bien hypothéqué..... que l'omission de telles formalités ou les vices qui s'y rattachent sont personnels aux parties qui ont à s'imputer d'avoir choisi un notaire ignorant ou inattentif ; que des formalités extrinsèques sont celles qui n'ont trait qu'à la forme de l'acte et qui, sous ce rapport, sont spécialement prescrites aux notaires et sont étrangères aux conventions et stipulations des parties ; qu'à l'égard même de ces formalités dont l'omission peut entraîner la nullité de l'acte et donner lieu à la responsabilité du notaire, la jurisprudence a toujours consacré la règle que les difficultés qui pouvaient s'élever à l'occasion de cette responsabilité devaient être abandonnées à l'équité et à la conscience du juge..... « Il est impossible à la raison d'admettre une aussi complète impunité, dit Dalloz ; qu'on excuse l'erreur et même dans des cas incertains l'ignorance, cela se conçoit ; mais comprend-on qu'un notaire puisse, sans en répondre, agir directement contre la loi ; dans de telles circonstances l'ignorance de la loi, en supposant qu'il n'y ait point dol, semblerait par elle-même une faute assez lourde pour entraîner la responsabilité... (1). M. Vergé défendait la même opinion que la jurispru-

(1) Dalloz. *Responsabilité*, n° 387.

dence a complètement adoptée. Sans doute il serait injuste de rendre le notaire responsable d'erreurs commises sur des questions douteuses et controversées ; on ne peut lui demander de fixer le point de droit, mais seulement d'appliquer celui qui est déjà posé et certain. La jurisprudence semble avoir adopté cette ligne de conduite, bien que l'on trouve une grande variété d'arrêts sur ce point. Nous pouvons citer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1885, déclarant que l'erreur commise par un notaire sur un point de droit peut engager la responsabilité, mais qu'il n'en est pas ainsi lorsque le point de droit est douteux et controversé ; de même un autre arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1886, déclarant le notaire responsable si le point de droit a cessé d'être douteux et controversé (1). La Cour de Lyon, le 8 février 1867, condamna le notaire rédacteur d'une donation nulle pour infraction à la prohibition de l'article 945 du Code civil, tout en mitigeant le degré de responsabilité du notaire en raison de ce que l'erreur lui était commune avec la partie. « Considérant, dit cet arrêt, que les notaires doivent être imbus des règles élémentaires de leur profession et qu'il y a faute de leur part lorsque requis de dresser un acte d'une manifeste illégalité pour lequel la loi n'a pu créer leur ministère, ils négligent d'en avertir les parties et passent outre à l'exercice d'un ministère qu'ils auraient dû refuser ; que c'est là de leur part une faute lourde équipollente à dol et leur faisant encourir une

(1) *Journal du Palais*, 1886. 1-225 et 1-604.

juste responsabilité..... ; considérant que si le notaire est responsable envers les donataires du préjudice que sa faute leur a causé, il appartient à la Cour de déterminer les suites de cette responsabilité selon l'équité et par une appréciation suffisante et réfléchie de toutes les circonstances ; considérant à ce sujet, que la faute a été commune entre le notaire et les parties, celles-ci ayant à s'imputer d'avoir procédé à la donation sans une connaissance spéciale de la loi ou sans les conseils spéciaux qui auraient dû les éclairer.... etc. (1)..» Enfin nous pouvons encore citer dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1883, déclarant que l'erreur commise par un notaire sur un point de droit, n'engage pas sa responsabilité s'il est douteux et controversé. Au sujet de cet arrêt, M. le conseiller Rivière, chargé du rapport, présenta plusieurs observations qui nous paraissent intéressantes à notre sujet puisqu'il passe en revue des principes consacrés par la jurisprudence sur la responsabilité. « Et d'abord, dit-il, il est des obligations de droit positif que vos arrêts imposent avec juste raison aux notaires ; ils sont tenus, avant de recevoir un acte, de faire certaines vérifications pour ainsi dire matérielles et s'ils les négligent ils commettent une faute ; vous les rendez alors responsables du préjudice que cette négligence a pu causer aux parties..... Dans les motifs de tous ces arrêts nous ne voyons invoquée que la responsabilité dérivant des règles du droit commun, notamment des articles 1382 et 1383 Code civil.

(1) Sirey. 1867. 2-143.

Il est une obligation que l'on trouve énoncée dans les motifs de plusieurs arrêts de Cours d'appel, c'est celle qui serait imposée aux notaires, d'une façon générale et absolue, en vertu des devoirs de leur charge d'éclairer les parties sur le droit comme sur le fait concernant les conventions que l'acte a pour but de constater. Ce serait là une obligation civile légale à laquelle ils seraient astreints sous peine de dommages-intérêts. Vous vous êtes toujours prudemment abstenus de formuler dans les motifs de vos arrêts une règle aussi absolue et aussi générale. Dans quelques arrêts et notamment dans celui du 22 décembre 1840, vous dites que l'obligation de donner des conseils aux parties et de les éclairer sur l'efficacité de leurs conventions, est une obligation morale ; cependant, d'après votre jurisprudence, cette obligation morale peut devenir une obligation légale de droit positif lorsque le client, complètement illettré et sans aucune expérience des affaires, incapable de prévoir les conséquences de l'acte qu'il passe, s'est entièrement confié à la prudence et aux lumières spéciales du notaire. Vous admettez ainsi que l'article 68 de la loi du 25 ventôse an xi n'a rien de limitatif et n'a pas affranchi les notaires de la responsabilité et des règles des articles 1382 et 1383, lorsque par une faute ils compromettent les intérêts des clients. Maintenant, seront-ils responsables de toutes fautes et de toutes erreurs ?..... En règle générale, dit Demolombe, les notaires sont responsables des nullités extrinsèques qui proviennent d'un vice de formes instrumentaires, mais la règle générale est aussi que les notaires ne doivent pas être déclarés responsables des

nullités qui procèdent d'une erreur sur le fond du droit. Quelque soit le caractère de l'acte, cet acte est avant tout l'œuvre des parties elles-mêmes ; ce sont elles qui le font, et le rôle du notaire consiste seulement ou du moins principalement à le recevoir. Cependant M. Demolombe, ajoute M. Rivière, excepte de la règle générale qu'il pose et qui a été de tout temps enseignée, en lui reconnaissant cette généralité, par les auteurs les plus compétents, certaines nullités de droit que le notaire, dit-il, serait impardonnable d'avoir commises dans un de ces actes, pour ainsi dire courants et toujours uniformes, du notariat, dont les formulaires indiquent exactement toutes les conditions et toutes les clauses..... Nous terminerons ces réflexions en mettant sous vos yeux le passage suivant de Troplong, sur le mandat n° 26 : « Il » est de la prudence des tribunaux de se tenir en garde » contre les prétentions de clients trop portés à déverser » sur autrui la responsabilité d'actes qu'ils ne peuvent » imputer qu'à eux-mêmes. A côté des arrêts qui ont » sévi contre les notaires il y en a d'autres tout aussi » graves qui les ont sauvés de recours injustes... (1). » M. Rivière était donc partisan de l'opinion tendant à rendre les notaires non responsables. Nous avons donné une grande partie de son discours qui nous a paru convenir à notre sujet, mais il nous semble qu'il est plus logique de déclarer, avec les divers arrêts que nous venons de voir, le notaire responsable des nullités de droit, quand le point sur lequel porte l'erreur est complètement

(1) Sirey. 1883. 1-171.

fixé, tout en laissant d'ailleurs toute liberté d'appréciation aux tribunaux.

CHAPITRE II

DES NULLITÉS EXTRINSÈQUES

Les vices de forme peuvent, sans aucun doute, rendre le notaire responsable ; il n'y a là qu'une juste appréciation des choses, le notaire doit savoir les premiers principes de ses fonctions, et constituer des actes valables puisqu'il est institué pour cela et son ignorance par elle-même peut constituer une faute. L'article 68 de la loi de ventôse tranche cette question en déclarant le notaire responsable, s'il y a lieu. La nullité de l'acte n'entraînera donc pas nécessairement la responsabilité et les tribunaux ont pu souvent, tout en constatant la nullité d'un acte, renvoyer le notaire incriminé des fins de la plainte. De plus, si la forme dans laquelle l'acte a été fait est déclarée mauvaise par la suite, il ne peut y avoir lieu à responsabilité pour le notaire, sauf à tenir compte de son imprudence et de sa négligence. Les juges auront donc encore ici, comme dans toute la matière, un grand pouvoir appréciateur pour décider valablement en raison des faits et des circonstances de la cause. Nous allons passer en revue les principaux cas de responsabilité

concordant avec les diverses formalités imposées pour la validité des actes en général et de certains actes en particulier.

I. — PARENTÉ ET INTÉRÊT DU NOTAIRE

Nous trouvons le principe posé dans l'article 8 de la loi de ventôse : « Les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. » Il est évident qu'à *fortiori*, le notaire ne pourrait recevoir un acte dans lequel il serait partie ou qui contiendrait des dispositions en sa faveur. Ce que la loi a voulu obtenir par cette prohibition, c'est de ne jamais mettre l'intérêt particulier du notaire aux prises avec la probité et l'intégrité de ses devoirs. Si cette prohibition n'avait pas été faite, les actes reçus par les notaires et dans lesquels ils seraient intéressés, n'auraient pas eu la confiance publique, on aurait toujours pu douter de leur impartialité ; la loi a paré à cet inconvénient par son article 8. Ce que cet article dit pour les parents et alliés du notaire, concerne à plus forte raison le notaire lui-même. « Il » est incompatible, dit Brillon, que le même qui reçoit » le contrat soit aussi la partie contractante, il doit y » avoir de la différence entre le stipulant et le pro- » mettant et celui qui reçoit la stipulation (1). »

La sanction de l'article 8 se trouve dans l'article 68

(1) Brillon, *Notaire*, n° 25.

de la loi de ventôse, qui déclare nul comme authentique l'acte fait en violation de cette prohibition et prononce contre le notaire des dommages-intérêts, s'il y a lieu. D'ailleurs, peu importe l'intérêt résultant pour le notaire de l'acte; un avantage même indirect pourrait le faire tomber sous le coup des articles 8 et 68. En ce sens, Cassation 16 février 1886. Toutefois, il ne faudrait pas exagérer ce que nous venons d'avancer et augmenter outre mesure les cas de nullité et de responsabilité. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1886 a pu déclarer que la clause ordonnant que l'argent comptant trouvé lors du décès serait remis au notaire rédacteur du testament authentique, en paiement des frais à lui dus pour la confection de plusieurs projets de testaments, ne constituait pas, en faveur dudit notaire, l'avantage gratuit prohibé par les articles 8 et 68 de la loi du 25 ventôse an xi (1).

Mais que faut-il entendre par le mot « partie » de l'article 8? Il nous semble, et tel est l'avis de la jurisprudence, que le mot partie comprend ici et les personnes qui figurent au contrat comme contractantes, et celles qui y sont représentées. Pour celles qui figurent au contrat il n'y a pas de difficulté, la règle s'applique d'elle-même; mais pour celles qui y sont représentées, l'application est moins évidente. Cependant on n'a qu'à considérer attentivement les diverses positions du mandant et du mandataire, par exemple, et il paraît clairement que la véritable partie à l'acte est bien le mandant; c'est lui

(1) Sirey, 1887.-I-9. — 1886-I-472.

qui a intérêt et qui sera tenu des engagements pris en son nom par son mandataire. Ce que nous disons du mandant ne s'appliquerait que plus difficilement à la personne pour laquelle on se porte fort. Jusqu'à la ratification, cette personne reste, en effet, totalement étrangère à l'acte et n'est nullement obligée par les conventions qui y ont figuré. Mais, comme par la ratification elle s'approprie les conventions passées par celui qui s'est porté fort pour elle, *Ratificatio mandato æquiparatur*, elle est censée lui avoir donné procuration d'agir ainsi. « Si je contracte au nom d'une personne qui ne m'aurait point donné de procuration, disait Pothier, la ratification la fera réputer comme ayant contracté elle-même, par mon ministère, car la ratification équivaut à la procuration » (1). Au point de vue de l'article 8, la personne pour qui on se porte fort, doit donc être considérée comme partie, puisque selon toute prévision elle doit donner sa ratification. La jurisprudence est en ce sens ; elle considère également comme parties, même les mandataires, en se basant sur les motifs de la loi de ventôse, qui a voulu éviter toute occasion de partialité pour les notaires, et dont le but ne serait pas atteint si dans la prohibition de l'article 8 on n'englobait pas les mandataires. Cette mesure semble un peu exagérée, car enfin on ne peut guère dire que le mandataire soit partie dans l'acte ; il n'y a d'autre intérêt que la bonne exécution de son mandat ; aussi cette rigueur de la jurisprudence serait-elle tempérée, s'il y

(1) Pothier. — *Obligations*, n° 75.

avait lieu, d'après les circonstances, puisque la libre appréciation est laissée aux juges.

Quant à l'intérêt que le notaire ou ses parents peuvent avoir dans l'acte, peu importe, avons-nous déjà dit, qu'il soit direct ou indirect, immédiat ou évident ; ce que la loi défend, c'est de recevoir un acte qui contient quelques dispositions en faveur des parents ou alliés du notaire au degré prohibé, sans faire aucune distinction au sujet du plus ou moins de conséquences de cette disposition. Dès que cette disposition existe, l'acte est sujet à tomber frappé de nullité comme acte authentique. En ce sens, nous pouvons citer un arrêt de la Cour de Nancy, du 21 décembre 1872 : « Attendu, dit cet arrêt, que dans la pensée du législateur, les notaires ne sont pas seulement des fonctionnaires chargés de donner aux actes par eux reçus le caractère d'authenticité et la force d'un jugement en dernier ressort ; qu'ils doivent aussi, conseils désintéressés des parties et rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faire connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, les éclairer de leur expérience et de leurs lumières, se constituer en un mot les arbitres officieux des questions délicates, qui, presque toujours au moment de conclure, s'agitent devant eux ; qu'afin de rendre plus parfait et plus facile l'accomplissement d'un devoir aussi délicat et aussi nécessaire, l'article 8 de la loi du 25 ventôse an xi interdit aux notaires de recevoir des actes qui contiendraient quelque disposition en leur faveur ; attendu que, pour sainement entendre cette prudente interdiction, il faut bien moins s'en tenir strictement à ses termes qu'en saisir l'esprit ou en

rechercher le but ; qu'elle s'applique, non seulement au cas où les actes contiennent une disposition expresse en faveur de l'officier public, mais encore au cas où, d'une manière quelconque, directement ou indirectement, il s'y trouve intéressé, parce que dans l'un comme dans l'autre cas, son impartialité est suspecte et son indépendance menacée (1)..... » Cet arrêt nous semble bien résumer la doctrine sur ce point ; la loi prohibe toute disposition en faveur du notaire ou d'un de ses parents au degré prohibé, afin de ne pas le mettre entre son devoir et son intérêt, ni de laisser suspecter son impartialité, cette prohibition a donc un caractère absolu, qui nous semble en quelque sorte nécessaire pour atteindre le but voulu.

II. — SECOND NOTAIRE ET TÉMOINS INSTRUMENTAIRES

Les articles 9 et 10 de la loi de ventôse et la loi du 21 juin 1843 contiennent les préceptes de ce point de notre matière. « Les actes seront reçus, porte l'article 9, par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé ; » et l'article 10 ajoute : « Deux notaires, parents ou alliés au degré prohibé par l'article 8, ne pourront concourir au même acte. Les parents ou alliés soit du notaire, soit des parties contractantes au degré prohibé par l'article 8, leurs clercs et leurs serviteurs ne pourront être témoins. » L'article 68 de la même loi de ventôse con-

(1) Sirey. — 1873-2.

tient la sanction de ces deux articles dont la violation peut parfaitement entraîner la responsabilité du notaire. La loi de 1843 vint compléter ces prescriptions des articles 9 et 10 en fixant les obligations du notaire en second et des témoins instrumentaires. Avant cette loi il y avait une grave controverse sur le point de savoir si leur présence réelle était nécessaire, elle la trancha en décidant que la présence réelle ne serait nécessaire que pour certains actes. Nous verrons d'ailleurs plus au long cette loi en nous occupant du notaire en second. La loi de 1843, en décidant que la présence réelle du notaire en second n'était point nécessaire, sauf pour certains actes, n'a nullement abrogé l'article 9 de la loi de ventôse, elle n'a fait que sanctionner une pratique existante. L'assistance du notaire en second et des témoins instrumentaires doit donc toujours être mentionnée.

Il n'était pas toujours facile aux notaires de se faire assister par un second notaire ; dans les campagnes, principalement, cette obligation aurait été une sérieuse entrave, aussi la loi offre-t-elle aux notaires un autre moyen de régulariser leurs actes en se faisant assister de deux témoins, citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement communal. Les parents ou alliés du notaire en ligne directe à l'infinie et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusive-ment, ne peuvent être témoins. Quelle responsabilité peut encourir le notaire pour contravention aux obligations de cet article ? Il est d'abord de toute évidence, que, si le notaire négligeait de se faire assister de témoins, il encourrait une responsabilité très grave en rai-

son de la nullité de l'acte comme authentique. Il en serait de même si les témoins ne réunissaient point les qualités voulues par la loi ; dans ce cas, en effet, ils remplissent avec le notaire une sorte de fonction publique, et concourent à donner à l'acte son caractère authentique, s'ils n'ont pas les qualités requises, l'acte tombe sous le coup de l'article 68 et ne vaut pas comme authentique. Mais le notaire répond-il de la capacité des témoins instrumentaires ? L'article 68 semble formel à ce sujet. C'est au notaire à s'adjoindre des assesseurs capables, et c'est sur lui que doit retomber la responsabilité de son choix. Toutefois cette responsabilité n'a rien d'absolu et elle ne sera prononcée que s'il y a lieu. Ainsi le notaire qui a fait tout ce qui était en son pouvoir pour vérifier la capacité des témoins, qui a pris toutes les mesures exigées par la prudence, ne pourra être déclaré responsable ; en lui imposant l'obligation de se joindre des assesseurs et de les choisir, la loi n'a pu vouloir lui demander rien d'impossible, elle exige seulement qu'il apporte à ce choix toute l'intelligence et l'attention nécessaires. Les tribunaux auront à apprécier la conduite du notaire à ce sujet et, si on ne relève contre lui ni faute ni négligence, il ne peut y avoir lieu à responsabilité. Si, par exemple, l'incapacité du témoin choisi était inconnue de tout le monde et ne pouvait parvenir que par un hasard à la connaissance du notaire, il sera affranchi de toute responsabilité, conformément au vieux principe : « *error communis facit jus.* » Les circonstances pourront donc, dans certains cas, amoindrir et faire disparaître la responsabilité. Ainsi, par exemple,

si les parties s'étaient chargées de fournir les témoins, le notaire n'en pourrait pas moins être déclaré responsable de leur incapacité, mais il nous semble qu'alors cette responsabilité sera amoindrie, les parties ayant à s'imputer de leur côté leur négligence. En ce sens Chambéry 8 février 1875 et Nancy 8 juillet 1874. Les tribunaux auront alors à apprécier dans quelles limites le notaire pouvait se fier à la déclaration des parties et à leur capacité, et si rien ne pouvait lui faire prévoir l'incapacité des témoins. Ainsi, une similitude de noms entre la partie et le témoin pourrait être considérée valablement par le tribunal comme une circonstance aggravante pour le notaire; cela, en effet, devait le mettre en garde contre une parenté possible et le rendre plus défiant; s'il n'en a pas tenu compte, il a agi négligemment et commis une faute dont il peut être appelé à répondre.

Dans certains actes particuliers, tels que les testaments, la loi exige que le notaire soit assisté d'un plus grand nombre de témoins, et elle prescrit certaines formalités spéciales. De plus, les cas d'incapacité et les qualités requises pour les témoins ne sont plus les mêmes; nous allons dire quelques mots de ces conditions spéciales. Le nombre des témoins, avons-nous dit, n'est pas le même pour les testaments que pour les autres actes authentiques; en effet, dans ceux-ci il suffit de deux témoins, et pour les testaments il en faut au moins quatre et même pour le testament mystique on en demande six. Leur capacité n'est pas non plus la même que pour les autres actes. Ainsi il suffit qu'une partie des témoins testamentaires sachent signer, au moins pour

les testaments passés dans les campagnes. Il aurait été difficile pour le notaire, surtout au moment où le Code a été promulgué, de pouvoir dans la campagne réunir un si grand nombre de témoins sachant signer ; l'instruction n'était pas alors aussi répandue qu'elle ne l'est actuellement et pourtant, même maintenant, dans certains cas, il ne serait pas des plus faciles pour le notaire de se procurer des témoins ayant cette qualité. De plus, l'article 975 Code civil étend la prohibition relative à la parenté. Du reste, la responsabilité du notaire est, il nous semble, la même que pour les autres actes, seulement elle peut avoir des suites beaucoup plus sérieuses en raison de la gravité de l'acte annulé. Nous aurons à redire quelques mots sur ce sujet sous un paragraphe spécial.

III. — DE L'INDIVIDUALITÉ ET CAPACITÉ DES PARTIES ET TÉMOINS CERTIFICATEURS

Nous arrivons ici à l'article 11 de la loi de ventôse portant que : le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus des notaires ou leur être attestés dans l'acte par deux citoyens connus d'eux ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoin instrumentaire. « La jurisprudence admet que l'infraction à cet article est sanctionnée par les principes de la responsabilité générale. Cette prescription de l'article 11 s'applique à tous les actes. Du reste, la loi n'a pu demander au notaire l'impossible, aussi n'exige-t-on pas de lui qu'il réponde de la capacité des parties, mais seulement de leur individualité et, même pour ce cas,

la pratique a corrigé ce que la loi avait de trop rigoureux. Dans les grandes villes, en effet, la plupart du temps, exiger des notaires une connaissance personnelle des parties aurait été vouloir mettre une obstacle insurmontable à l'exercice de leurs fonctions ; aussi la pratique a-t-elle admis de se contenter de la représentation de papiers tels que des passeports par exemple, pour constater l'individualité, de se la faire certifier par deux témoins, et de décharger de toute responsabilité à cet égard le notaire qui aura ainsi fait tout ce qui était en son pouvoir.

Il nous semble de même que la partie qui aurait elle-même certifié l'individualité de son contractant serait mal venue à attaquer le notaire en responsabilité ; il n'en serait pas évidemment ainsi des tiers « *res inter alios acta neque nocere neque favere potest.* » De plus, comme d'ailleurs dans toute notre matière, la première condition pour qu'il y ait lieu à matière en responsabilité, c'est que le préjudice causé provienne de la faute du notaire et ait pour cause, au moins principale sinon unique, le fait sur lequel se fonde cette action. La responsabilité du notaire est déjà assez grave sans qu'on l'étende, aussi n'y aurait-il pas lieu de le faire répondre des qualités ou de la capacité des parties, ainsi que nous l'avons déjà dit. C'est là en somme l'affaire des contractants ; chacun doit connaître la capacité de celui avec qui il veut contracter « *nemo debet esse ignarus conditionis ejus cum quo contrahit.* » Les parties qui ne vérifieront pas la capacité et les qualités de leurs co-contractants ne devront s'en prendre qu'à elles des suites de leur négligence. Ce serait

étendre outre mesure les prescriptions de la loi que vouloir faire les notaires répondre non seulement de l'individualité, mais encore de cette capacité des clients qui viennent demander leur ministère ; tout au plus pourrait-on les en faire répondre dans certains cas absolument particuliers où leur négligence se montrerait par trop évidente.

Même, aux termes des articles 1225 et 1338 du Code civil, nous voyons que le capable peut valablement s'obliger avec l'incapable et que celui-ci, après la cessation de son incapacité, peut ratifier l'obligation qu'elle viciait. Le notaire qui connaîtrait l'incapacité d'une partie ne pourrait donc valablement refuser son ministère, du moins cela est soutenable, et il ne pourrait faire que des observations, sauf le cas de dol ou de fraude, ou d'évident abus de la faiblesse et de l'inexpérience de l'incapable. Les parties veulent courir une chance, faire un contrat aléatoire, de quel droit viendrait-on les en empêcher ?

Les témoins certificateurs doivent avoir la même capacité et les mêmes qualités que les témoins instrumentaires ; ceux-ci peuvent même en remplir les fonctions. La loi exige seulement qu'il ait des témoins connus de lui pour attester l'individualité des parties, du moment que cette condition se trouve remplie, le notaire est à l'abri de toute action. D'ailleurs, l'infraction à l'article 11 n'entraîne pas, comme celle de l'article 10, la nullité de l'acte comme authentique, l'article 68 ne comprenant pas cet article dans son énumération.

IV. — DES ÉNONCIATIONS DES ACTES

Nous suivons toujours, autant que possible, le canevas que nous trace la loi de ventôse et nous arrivons aux articles 12 et 13 de cette loi, concernant les énonciations que doivent contenir les actes notariés. D'après ces articles, les actes doivent renfermer les noms, prénoms, qualités et demeures des parties, ainsi que des témoins qui seraient appelés dans le cas de l'article 11 ; l'énonciation en toutes lettres des sommes et dates, l'annexion des procurations et la mention de cet annexe, ainsi que la mention de la lecture de l'acte. Ils doivent de même énoncer les noms et lieu de résidence du notaire, sous peine de cent francs d'amende ; et de plus les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous les peines édictées par l'article 68, et même de faux si le cas y échoit (Articles 12 et 13). Comme on le voit par la lecture du contenu de ces articles, ils contiennent deux genres de prescriptions ; les premières énumérées, dont la violation n'entraîne contre le notaire qu'une amende, et les secondes qui peuvent donner lieu à une action en responsabilité civile. Ce sont ces dernières qui intéressent seules notre sujet. L'article 68, nous l'avons déjà vu, prononce la nullité comme authentique de l'acte fait en contravention aux articles qu'il énumère, et il prononce contre le notaire la responsabilité, s'il y a lieu ; nous allons voir en quelques mots les diverses prescriptions de l'article 12, dont la violation peut donner lieu à l'application de l'article 68.

L'article 12 exige le nom et la demeure des témoins instrumentaires. Le nom permettra de fixer leur individualité, leur identité ; il suffit donc que cette mention soit faite de façon à permettre cette reconnaissance, et il faudrait que l'erreur dans l'énonciation et l'inscription du nom soit bien grossière et bien grave pour faire annuler l'acte, puisqu'il suffit que l'identité du témoin ne soit pas contestée. La mention de la demeure est exigée au point de vue de la capacité du témoin, qui doit être domicilié dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. De même que pour le nom, il faudrait une erreur grossière pour mériter l'application de l'article 68. Ce que la loi veut, c'est que l'identité et la capacité des témoins soit bien établie, elle n'en demande pas davantage. Notre article exige également la mention du lieu de la passation de l'acte et de sa date. La connaissance du lieu où l'acte a été passé est importante pour pouvoir décider si oui ou non le notaire a instrumenté dans l'étendue de son ressort. Le plus souvent, il est vrai, les actes seront passés en l'étude du notaire, mais il arrive que les clients ne peuvent se déranger et que le notaire est obligé de se déplacer ; dans ce cas, ce sera la mention du lieu de la passation qui aura une importance justifiée pour vérifier la valeur de l'acte. L'article 68 de la loi de ventôse, à raison de l'importance de cette obligation, sanctionne sa violation en prononçant la nullité de l'acte comme authentique.

La loi exige en outre la mention de la date de l'acte, c'est-à-dire de l'année, du jour et du mois, et on comprend facilement la nécessité et l'importance de cette

obligation. Entre deux actes semblables, comment, sans la date, décider celui qui est antérieur à l'autre ? De plus, pour la capacité des parties, cela peut encore avoir une grande importance. Aussi la violation de cette formalité fait-elle également tomber le notaire sous le coup de l'article 68 et le rend-elle responsable de la nullité de l'acte. D'ailleurs, s'il y a plusieurs parties à l'acte et qu'elles signent à jours différents, le notaire peut ou mentionner sur son acte la date de chacune des signatures, ce qui serait le mieux, ou lui donner la date de la dernière signature, puisque l'acte n'existe réellement qu'à partir de ce moment. Il est inutile de dire que les mentions erronées ou fausses équivalent à l'absence de date et produisent le même effet, à moins que les autres énonciations de l'acte permettent de réparer les erreurs de date ou de suppléer à leur omission. Le notaire est donc en principe garant de la vérité de la date qu'il donne à ses actes, et la Cour de Bourges a pu valablement condamner, le 28 août 1832, un notaire à la restitution de fruits indûment perçus au moyen d'une grosse délivrée par lui avec une fausse date.

D'après l'article 14 les actes doivent être signés par les parties, les témoins et les notaires et mention doit en être faite en fin de l'acte. C'est là une formalité essentielle ; ce sont les signatures qui parfont l'acte, jusque-là il n'y a qu'un projet, aussi l'article 68 sanctionne-t-il les prescriptions contenues en cet article. Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, le notaire est tenu de faire, en fin de l'acte, mention de la réquisition qu'il leur en a faite et de la réponse de la partie qu'elle ne

peut ou ne sait signer. Il faut que l'acte soit régulièrement signé, ce sera aux tribunaux à apprécier le plus ou moins de validité des signatures apposées, et partant, le degré de responsabilité encouru par le notaire. Nous ne voyons là qu'une simple question de fait qui dépend toute et des circonstances et de l'habitude du signataire. La signature est exigée pour constater à la fois l'accord des parties et leur individualité, quand elle remplit ces conditions, elle est régulière. Elle consiste dans l'indication, autant que possible lisible, du nom de famille du contractant ; les femmes mariées signent ordinairement de leur nom de fille suivi de la mention « femme une telle » ou de leur nom de femme suivie de la mention « née une telle » ; souvent on se contente, pour leur signature, de leur nom de femme.

Le défaut de mention des signatures, au moins de celles des parties et des témoins, entraînerait également la nullité de l'acte comme authentique et la responsabilité du notaire. On se demandait, avant un avis du Conseil d'Etat du 20 juin 1810, si la mention de la signature du notaire était également exigée à peine de nullité ; la question fut tranchée en faveur de la négative en se basant sur l'inutilité de cette mesure et la trop grande rigueur de la sanction. La jurisprudence s'est fixée dans ce sens, toutefois dans la pratique, il est toujours bon et prudent aux notaires de faire cette mention afin d'éviter toute contestation à cet égard.

Le notaire qui n'aurait point signé un acte serait responsable envers les parties de la nullité résultant de son omission et passible de tous dommages-intérêts. On a

pu valablement décider en ce sens qu'un notaire répond de la nullité d'un acte qu'il n'avait point signé sous prétexte qu'on ne lui avait pas préalablement consigné les droits nécessaires pour son enregistrement, alors qu'il ne prouvait pas qu'il ait exigé cette consignation. En ce sens, Bourges 29 avril 1823.

Les articles 15 et 16 nous montrent avec quelles précautions le Code tâche d'éviter toute altération des actes notariés. L'article 15 exige, en effet, que tous les renvois et apostilles soient écrits en marge et paraphés par les parties, les témoins et le notaire. Si le renvoi est trop long, on permet de l'écrire en fin de l'acte, mais alors non seulement il doit être signé, mais encore expressément approuvé. L'inobservation de ces formalités ne vicie pas toutefois l'acte lui-même, mais entraîne seulement la nullité des renvois ou apostilles. Toutes ces précautions sont prises dans l'intérêt des parties pour qu'on ne puisse, après coup, modifier l'acte sans leur consentement. Les renvois sont quelquefois fort importants et modifient souvent entièrement la physionomie du contrat ; on comprend que, dans ces conditions, le notaire peut valablement être actionné par les parties en réparation du préjudice causé et que l'intérêt en jeu justifie assez cette action. Les tribunaux jouiront encore ici de leur pouvoir discrétionnaire et pourront, dans certains cas, amoindrir le degré de responsabilité du notaire en raison du caractère de simple oubli que prendrait l'omission en question.

L'art. 16 complète en quelque sorte les prescriptions de l'article 15 en déclarant qu'il n'y aura dans l'acte ni

surcharge, ni interligne, ni addition et que les mots surchargés, interlignés ou ajoutés seront nuls ; que leur nombre sera compté en fin de l'acte et approuvé de la même façon que les renvois, le tout sous peine d'une amende de 50 fr. réduite à 10 fr. par une loi du 16 juin 1824, de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu, et même de destitution au cas de fraude. Ici la responsabilité du notaire peut beaucoup varier suivant l'importance des mots rayés ou interlignés et par conséquent déclarés nuls. Il y aura même des cas où le mot rayé pourra avoir une influence sur l'acte entier et entraîner sa nullité ; il en serait ainsi, par exemple, de la date de l'acte ou d'autres mentions requises à peine de nullité. La nullité du mot interligné peut de même avoir une grande importance sans toutefois amener la nullité de l'acte, il en serait ainsi si par exemple il concernait le paiement du prix ou le prix lui-même.

FORMALITÉS SPÉCIALES AUX TESTAMENTS ET DONATIONS

Jusqu'ici nous avons traité surtout de la responsabilité notariale envisagée relativement aux formalités générales à la plupart des actes, mais il y a certains actes comme les testaments et les donations qui exigent des formalités spéciales dont l'omission entraînerait, souvent dans des conditions très graves, la responsabilité du notaire contrevenant. C'est ici le Code civil qui nous trace les règles spéciales à suivre, en se combinant avec les principes de la loi de ventôse s'il y a lieu et avec ceux de la responsabilité générale contenus dans les articles 1382 et 1383. Nous allons voir rapidement les formalités spé-

ciales à ces deux sortes d'actes en les étudiant successivement au point de vue des testaments d'abord et des donations ensuite.

En matière de testaments, tout le monde est d'accord pour rendre le notaire responsable de son dol et de sa faute lourde ; mais hors ces cas, on ne s'entend plus aussi bien. Suivant M. Grenier, l'impéritie du notaire peut engager sa responsabilité lorsque la nullité du testament provient de l'omission d'une formalité qu'il ne pouvait ignorer ou dont l'application ne donnait lieu à aucun doute (1). Suivant Toullier, les notaires répondent comme toute personne des dommages qu'ils causent par leur fait ; mais toutefois ils ne sont condamnés pour leur impéritie que s'il y a lieu, l'appréciation des excuses appartenant aux tribunaux (2). C'est cette opinion qui nous semble préférable. Ici plus que partout ailleurs la loi doit être plus sévère vis-à-vis des notaires à raison de l'importance des actes dont il s'agit. L'article 1001 contient le principe de cette sévérité de la loi en déclarant que les formalités auxquelles les testaments sont assujettis doivent être observées à peine de nullité, et comme c'est au notaire à faire observer ces formalités, il est tout naturel que ce soit sur lui que retombe la responsabilité. Mais toutefois cette responsabilité n'a rien d'absolu, et le pouvoir d'appréciation laissé aux tribunaux garantit à la fois les particuliers contre l'impéritie et la négligence des notaires, et ceux-ci contre

(1) Grenier, t. 1, n° 232. — (2) Toullier, t. III, n° 389 et Dalloz. *Responsab.*, 389.

des prétentions qui rendraient impossible la profession du notariat. On ne peut cependant qu'approuver la jurisprudence qui se montre ici plus rigoureuse que partout ailleurs dans l'appréciation des faits ; il n'y a pas, en effet, d'acte plus grave que le testament qui renferme les dernières volontés d'une personne et dont la nullité est le plus souvent un mal irréparable. Aussi aperçoit-on bien la préoccupation du législateur de garantir autant que possible l'exécution de ces actes, dans les précautions minutieuses et répétées qu'il a édictées pour les régler, et la jurisprudence ne fait que se conformer à l'esprit de la loi en se montrant rigoureuse sur l'application de ces règles. Ce point de la responsabilité notariale est peut-être celui qui se présente le plus souvent devant les tribunaux. Aussi trouvons-nous une foule d'arrêts qui y sont relatifs. Ces arrêts varient beaucoup entre eux, variations qui s'expliquent par la liberté d'appréciation qui leur est laissée, et par ce fait, qu'il n'y a responsabilité qu'autant qu'il existe au moins une négligence de la part du notaire et un préjudice souffert par sa faute.

Parmi les règles concernant les testaments, il y en a qui leur sont communes avec tous les autres actes et que nous avons déjà étudiées ; pour celles-là, il n'y a pas de difficultés et leur omission entraîne la responsabilité notariale s'il y a lieu ; d'autres, au contraire, leur sont particulières. Ainsi pour les testaments, la présence réelle du notaire en second et des deux témoins, ou celle des quatre témoins, à défaut du notaire en second est exigée. L'article 971 est formel à cet égard, et la loi de juin

n'a rien changé à cet égard. On a voulu que la volonté du testateur soit à l'abri de toute violation et de toute capitation. Le notaire a la charge de veiller à ce que cette prescription de la loi soit suivie, puisque c'est lui qui doit recevoir les testaments. L'omission de cette formalité pourrait donc le rendre responsable. C'est à lui de s'assurer de la capacité de ces témoins, capacité plus restreinte que pour les autres actes. En effet, l'article 975 édicte que « ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires à quelque titre que ce soit, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus. » La loi étend donc les cas d'incapacités pour les témoins instrumentaires, et ce sera au notaire d'agir conformément à ses prescriptions. Il est tenu de s'assurer de leur capacité, la simple interpellation faite au témoin peut, dans le cas ordinaire, être déclarée suffisante. On a pu juger valablement, cependant, que l'interpellation adressée par le notaire aux témoins fournis par le testateur, ne le soustrait pas à la responsabilité résultant de l'annulation du testament pour cause de parenté entre l'un de ces témoins et le légataire. Cet arrêt de Grenoble du 6 août 1846 (1) paraît à tous fort exagéré, et rendrait les testaments publics à peu près inabordables pour les notaires. Leur responsabilité est déjà si grave pour ces actes, que, malgré le bénéfice qu'ils en retirent, beaucoup préfèrent ne pas s'en charger et donnent à leurs clients des modèles de testa-

(1) D. P. 1847. 2-178.

ments olographes. En pratique, il faut donc admettre que l'interpellation faite aux témoins suffira, à moins qu'il ne soit prouvé que l'incapacité du témoin était connue du notaire, qui, alors, subira à juste droit les conséquences de sa faute.

On s'est demandé, et il y a controverse sur le point de savoir si la circonstance que le témoin incapable a été produit par le testateur au lieu de l'être par le notaire, décharge celui-ci de sa responsabilité. Plusieurs arrêts ont admis l'affirmative; l'opinion contraire, soutenue aussi par de nombreux arrêts, nous semble préférable. Elle pose qu'en principe la présentation des témoins par le testateur n'empêche nullement le notaire de les interpellier et de s'assurer de leur capacité et que le notaire doit supposer l'ignorance du testateur au sujet des diverses qualités requises pour les témoins. En négligeant cette interpellation il est donc en faute et encourt la responsabilité. En ce sens Cassation 31 mars 1885 (1) et Cassation 5 février 1872. Toutefois, il nous semble que dans la pratique cette circonstance de la production des témoins par le testateur doit être prise en considération pour atténuer le degré de responsabilité du notaire.

Du reste, il appartient toujours aux tribunaux de régler la responsabilité du notaire suivant la gravité de la faute commise et d'apprécier cette faute, et alors la responsabilité peut être atténuée suivant les circonstances de la cause. Nous pouvons citer en ce sens un arrêt de

(1) Sirey, 1885. I-274.

la Cour de Caen du 15 janvier 1823, condamnant seulement aux dépens un notaire attaqué en responsabilité par suite de l'annulation d'un testament, alors que le légataire lui-même n'avait pas été étranger à l'inobservation des formalités ; et un autre arrêt de la même Cour du 31 mai 1842, déclarant atténuée la responsabilité du notaire lorsque c'est le légataire qui a fourni le témoin, que les circonstances prêtaient à favoriser l'erreur et que de plus le testament n'a point été recommencé par la faute dudit légataire (1).

Le testament mystique exige de son côté des formalités spéciales. Il faut pour le recevoir un notaire qui dresse le procès-verbal ou acte de suscription avec l'assistance de six témoins. Cet acte, constatant la présentation du testament clos et scellé et les déclarations du testateur, est dressé par le notaire sur l'enveloppe même du testament et soumis aux formalités exigées pour les actes ordinaires. D'ailleurs, la responsabilité peut être encourue pour ces testaments comme pour les testaments publics, et nous en trouvons le principe dans l'article 1001, déclarant nuls les testaments où toutes les formalités n'auront point été observées.

Pour ce qui concerne les donations, le législateur a également prescrit certaines formalités spéciales qui ont surtout pour but de faire sentir au donateur toute la gravité de son acte. La loi de 1843, à raison de cette importance, cite la donation comme nécessitant la présence réelle et continue des témoins instrumentaires ou du

(1) Dalloz, *Respons.* n° 393.

notaire en second. L'acte de donation doit être passé en minute et la donation doit être acceptée par acte authentique si l'acceptation n'est contenue dans l'acte même, auquel cas mention doit en être faite. La procuration pour accepter une donation doit également être authentique. La donation, ne pouvant jamais valoir comme acte sous signatures privées, on voit facilement quel préjudice peut résulter de la nullité de cet acte prononcée comme authentique. Et si cette nullité provient de l'omission de quelques formalités ou de la contravention aux obligations imposées par la loi, les parties peuvent se retourner contre le notaire pour se faire dédommager du préjudice causé. Mais ainsi que le font remarquer M. Rolland, n° 117, et M. Garnier Deschênes, n° 592, dans ce cas, la responsabilité du notaire doit être moins étendue que s'il s'agissait d'un contrat à titre onéreux ; il y a ici seulement manque de gain, le donataire, en attaquant le notaire, *certat de lucro captando*, il est donc en somme moins intéressant que le client qui éprouve une véritable perte. Le notaire n'en sera pas moins responsable et tenu de le dédommager, mais cette circonstance influera par le fait sur l'appréciation des tribunaux pour atténuer cette responsabilité. Cependant, en pratique, la jurisprudence se montre rigoureuse ; nous pouvons citer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 1839 (1) déclarant responsable et comme tel condamnant à réparer le préjudice souffert, un notaire qui avait omis d'exprimer dans un acte de donation l'ac-

(1) Dalloz, *Responsabilité*, p. 386.

ception du donataire, bien qu'il fut constant que celui-ci s'était présenté devant lui avec l'intention d'accepter et de faire un acte valable. De même un autre arrêt de Lyon du 8 février 1867, déclarait un notaire responsable, tout en atténuant sa responsabilité, de la nullité d'une donation pour infraction à la prohibition contenue en l'article 945 du Code civil.

TROISIÈME PARTIE

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE EN QUALITÉ DE MANDATAIRE GÉRANT D'AFFAIRES ET DÉPOSITAIRE

Le notaire n'agit pas toujours comme simple officier ministériel, il est souvent de plus mandataire ou gérant d'affaires des parties. Dans ces divers cas sa responsabilité se trouve aggravée en ce sens qu'il l'encourt non seulement comme notaire, mais encore en la qualité sous laquelle il agit. Nous allons dire quelques mots à ce sujet.

CHAPITRE I

DU NOTAIRE COMME MANDATAIRE

Nous pouvons poser d'abord que le client qui veut se prévaloir d'un mandat donné au notaire pour l'attaquer en responsabilité, devra faire la preuve de l'existence de ce mandat. Cette preuve pourra d'ailleurs ressortir des énonciations de l'acte et de la façon dont le notaire a agi. Un arrêt de la Cour de Paris du 19 août 1854 a pu ainsi déclarer responsable comme mandataire un notaire servant d'intermédiaire pour des placements de fonds.

De même un arrêt de la Cour de cassation du 13 août 1874, décida qu'il y avait mandat et par conséquent responsabilité lorsque le prêt a été reçu par le notaire sans avoir mis les parties en présence. Un arrêt encore plus récent de la Cour de cassation du 7 janvier 1878 a pu également déclarer responsable comme mandataire de l'insuffisance du gage le notaire qui, au lieu de se maintenir dans son rôle d'officier public, a pris l'initiative du placement et s'en est constitué le négociateur, en ne laissant au prêteur qu'à apposer sa signature (1). Ces différents arrêts visent le cas de mandat tacite résultant de la façon d'agir du notaire, qui s'est entremêlé spontanément de la négociation et l'a conclue lui-même après avoir pris les renseignements lui semblant nécessaires. Mais il peut y avoir également mandat exprès lorsque par exemple le créancier a chargé le notaire de lui trouver un emprunteur, de stipuler les conditions du prêt et de vérifier les sûretés offertes. Dans ce cas, ce mandat résultera ou d'une procuration en règle, ou d'un ordre par lettre, ou même il pourra être verbal, sauf les difficultés de la preuve. Le mandat donné à un clerc devra souvent, d'après les circonstances du fait, être considéré comme donné au notaire lui-même, qui ne s'est servi de son clerc que comme prête-nom ; ce sera alors contre le notaire que le client aura son recours. En ce sens, Orléans 7 janvier 1842 et Grenoble 28 juillet 1865 (2). Dans tous les cas, la responsabilité sera plus rigoureuse

(1) *Journal du Palais*, 1878. — 1.-422. — (2) *Dalloz. Mandat.*, n° 27. — J. G , 1865. — 2.-205.

si le mandat est salarié ; le mandataire étant payé pour exécuter l'acte pour lequel il a été commis, doit y veiller avec plus de soin que s'il ne faisait qu'en rendre un simple service.

Le notaire mandataire doit accomplir son mandat et rendre compte de son exécution. Sa responsabilité est celle du droit commun en matière de mandat. Il est tenu de veiller sur l'objet du mandat comme sur son bien propre, de telle sorte que même sa négligence le rendrait responsable. Le tribunal du Mans, le 14 juillet 1832, a pu ainsi juger qu'un notaire qui négligeait de se mettre en rapport avec un tiers dont le prêteur exigeait la signature, était responsable de la perte de la chose, si la signature, par lui reçue de confiance, n'émanait pas du tiers et était déclarée fausse. « Attendu, dit ce jugement, que des faits de la cause il résulte incontestablement un mandat tout à la fois donné et accepté ; que sur la question de savoir si ce mandat était gratuit, on ne peut, dans l'état d'assertion contraire de la part des parties, que supposer la négative, et par l'usage établi chez tous les notaires qui se prêtent à placer des fonds dont on les fait dépositaires, et par l'in vraisemblance qu'un fonctionnaire à honoraires consente à recevoir des dépôts d'argent et se donne des soins pour en opérer la collocation, sans exiger le salaire de ses peines ; qu'au reste, gratuit ou non, le mandat impose des devoirs ; qu'en acceptant de gérer la chose d'autrui, le mandataire s'impose en effet l'obligation d'y veiller comme sur la sienne propre ; et attendu que, dans la circonstance, la vigilance du notaire s'est trouvée en

défaut...; qu'entre deux parties dont l'une est irréprochable et l'autre a à s'imputer une négligence incontestable, la condamnation ne saurait être douteuse.... » (1). Nous pouvons citer dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 1888 déclarant que le notaire qui, en qualité de mandataire du prêteur, a négocié le placement dont il reçoit l'acte, est à juste titre déclaré responsable des suites de ce placement lorsqu'il est constant qu'il n'a point vérifié la sincérité des déclarations des emprunteurs que les biens affectés étaient libres de toute hypothèque et qu'il n'a pas exigé le remboursement de la créance à l'échéance du terme alors qu'il était encore possible (2).

Le notaire agissant comme mandataire répond donc de sa négligence et de son impéritie; et il serait également responsable, avons-nous déjà dit, si la procuration, au lieu de lui être donnée, l'avait été à un de ses clerks comme prête nom. Et il a été même jugé dans ce cas que le prête nom n'est soumis à aucune responsabilité vis-à-vis du mandant qui a consenti à cette substitution, que le notaire seul est responsable. En ce sens nous pouvons citer Orléans, 7 janvier 1842.

D'ailleurs, le mandat ne se présume pas, c'est au client à en faire la preuve. La mission des notaires est seulement de recevoir les actes et de leur donner le caractère authentique; si dans certains cas ils agissent comme mandataires, ce n'est qu'incidemment, et alors il faut, pour entraîner la responsabilité en cette qualité,

(1) Dalloz. *Respons.*, 366. — (2) Sirey. 1889. 1-163.

que le mandat ne soit pas dénié ou soit prouvé. Mais comment doit se faire cette preuve du mandat ? Pour le mandat exprès cette preuve ne sera pas ordinairement difficile à faire, mais il n'en serait pas de même pour le mandat tacite ou pour le mandat exprès donné verbalement. M. Troplong, tout en reconnaissant l'existence du mandat tacite, déclare que ce mandat ne peut être prouvé par les seuls témoignages ou les seules présomptions en l'absence de tout commencement de preuve par écrit (1). La jurisprudence admet que la preuve du mandat doit être faite comme en matière ordinaire et que la preuve par écrit n'est nécessaire que quand l'objet du mandat est supérieur à 150 fr. « S'il y a mandat tacite, dit M. Pagès, et c'est celui qu'on invoque ordinairement contre les notaires en matière de placements, la preuve en est toute entière dans les circonstances de la cause, et les juges ont le droit de les apprécier pour en déduire un mandat donné par le prêteur et accepté par le notaire qui a rédigé l'acte d'obligation. » Evidemment des circonstances insignifiantes et de peu de conséquence ne pourraient suffire à faire reconnaître un mandat tacite, bien que la jurisprudence tende à se montrer de plus en plus portée à en trouver facilement l'existence.

Il est en outre des devoirs imposés aux notaires pour lesquels ils sont de véritables mandataires légaux pour les parties qui les emploient. Leur responsabilité se trouve alors engagée sans que l'on puisse exiger du client

(1) Troplong. *Mandat* n° 102.

la preuve du mandat. Ainsi les notaires sont responsables en cette qualité de l'enregistrement des actes, de l'obligation de s'assurer de l'individualité des parties. Nous avons déjà eu l'occasion de parler de ces diverses obligations qui leur sont imposées. Mais de plus il y a certaines autres formalités qui, bien qu'en pratique elles soient ordinairement remplies par le notaire rédacteur de l'acte, ne découlent pas nécessairement de la profession du notariat et ne peuvent entraîner la responsabilité du notaire que s'il lui a été confié un mandat spécial à ce sujet. Telles sont les formalités de transcription, de renouvellement d'inscriptions. En fait, les notaires les accomplissent et s'en chargent, mais ils n'y sont pas tenus. La jurisprudence est en ce sens. Ainsi le tribunal de Marseille, le 29 mars 1870, a pu déclarer que la transcription n'est pas comprise en général parmi les obligations professionnelles du notaire, qu'il peut se décharger de ce soin sur les parties et que s'il s'en charge ordinairement, c'est en vertu d'un mandat donné à cet effet qui s'induit des circonstances mêmes au milieu desquelles la cause se produit. On peut citer dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1855 (1) déclarant que la mission des notaires se borne à recevoir les actes et à leur donner la forme authentique, qu'ils ne sont pas obligés de remplir les formalités extrinsèques des actes et qu'ils n'en sont responsables que s'ils ont accepté mandat à cet effet.

S'il y a mandat exprès d'accomplir ces formalités ou

(1) Dalloz, 1873, 2-204. 1855, 1-170.

que les circonstances de la cause paraissent aux tribunaux suffisantes pour supposer le mandat tacite, le notaire peut valablement alors être déclaré responsable pour non exécution de son mandat. En dehors du cas de mandat on ne peut rendre le notaire responsable. Aussi la Cour de Paris vit-elle réformer en partie son arrêt du 13 juin 1854, par lequel elle déclarait responsable le notaire rédacteur du cahier des charges et du procès-verbal de licitation, du préjudice résultant de l'omission de l'inscription du privilège de co-partageant dans les délais. D'après les considérants de cet arrêt, le notaire aurait dû veiller à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties et cette obligation aurait été d'autant plus étroite que les clients auraient été plus ignorants et plus illettrés. La Cour de cassation, par l'arrêt précité du 14 février 1855, réforma la première partie de cet arrêt tout en rejetant le pourvoi. « Attendu, dit cet arrêt, que la loi du 25 ventôse an XI, ni aucune autre loi, n'imposent au notaire l'obligation de remplir les formalités destinées à assurer l'exécution des actes qu'ils reçoivent; qu'il faut donc reconnaître que le notaire qui a procédé à une adjudication sur licitation, ne saurait être tenu à aucune responsabilité envers les colicitants pour défaut d'inscription du privilège de ces derniers dans le délai légal, à moins toutefois qu'il ne se soit chargé des suites de l'opération et de la conservation des droits de ses clients..... » Les tribunaux n'auront donc ici qu'à voir s'il y a mandat donné et accepté, et ils jugeront d'après les circonstances.

C'est dans la matière des placements de fonds que

nous trouvons principalement les applications de la responsabilité du notaire pris comme mandataire. Les prêts forment peut-être la majorité des actes des notaires, et souvent malheureusement ils manquent de garanties nécessaires. Aussi pour augmenter la responsabilité du notaire et diminuer leurs chances de pertes, les prêteurs cherchent-ils souvent à mettre en avant le mandat qu'ils lui ont confié. C'est ici que les tribunaux auront la libre appréciation des circonstances pour vérifier l'exactitude du mandat et juger en connaissance de cause le degré de responsabilité encouru par le notaire. Les termes de son mandat indiqueront la limite de ses obligations, mais toujours il répondra de sa négligence et de sa faute. En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation du 21 octobre 1885, déclare responsable de l'insuffisance des garanties le notaire qui, ayant reçu un mandat de procurer un placement sur hypothèque et s'étant engagé à le faire au mieux des intérêts du prêteur, l'a opéré en son absence et en son nom, et a accepté des garanties foncièrement insuffisantes (1). Toutefois la Cour de Douai, le 26 décembre 1845, a pu valablement décider que le notaire, même mandataire, n'était pas responsable de l'insuffisance de l'hypothèque, si le prêteur avait entendu faire un contrat aléatoire pour lequel il avait reçu des primes considérables et des intérêts avant tout déboursé. Il en serait également de même si cette insuffisance de garanties n'existait pas lors du prêt, mais au contraire était le résultat de faits postérieurs que rien ne pouvait

(1) *Journal du palais*. 1886. 1-401.

faire prévoir. En ce sens, Cassation 13 août 1874 et Tribunal de Nantes 1890. Il ne suffirait cependant pas que la garantie offerte ait une valeur à peu près égale au montant du prêt ou bien soit de très peu supérieure. La question de la suffisance de la garantie est une pure question de fait à débattre ; mais il est constant que le notaire qui prêterait jusqu'à concurrence du montant de la valeur de la garantie, sera déclaré responsable, on verra là une grave négligence de sa part, et ce, à bon droit. Nous avons, en effet, notre grand établissement de prêts hypothécaires, le Crédit foncier, qui pousse la prudence jusqu'à ne prêter qu'à concurrence de la moitié de la valeur des immeubles affectés, et cependant de temps en temps il se trouve encore en perte. Les notaires devraient donc se baser sur l'expérience de cet établissement et ne jamais dépasser cette limite ; mais en fait souvent ils ne suivent pas cet exemple et les tribunaux en sont réduits à chercher si, d'après les circonstances du fait, il y a eu vraiment imprudence de la part du notaire à prêter autant qu'il l'a fait. Aussi la diversité des arrêts est-elle grande sur ce point de la matière. Nous pouvons en citer quelques-uns. La Cour de Chartres, le 6 avril 1875, a pu ainsi déclarer responsable le notaire qui, sachant un placement mauvais, a cependant excité son client à le faire. De même, le tribunal de Nantes, le 4 février 1880, a déclaré responsable le notaire mandataire qui a négligé de vérifier l'exactitude des déclarations de l'emprunteur quant à la contenance et la valeur des biens hypothéqués et a omis de l'interpeller sur l'existence possible d'hypothèques légales. La pré-

sence du prêteur à l'acte pourrait, dans certains cas, diminuer la responsabilité du notaire mandataire, mais n'aurait pas grande portée, si l'emprunteur était totalement inconnu du prêteur qui, d'ailleurs, confiant dans l'exécution du mandat donné, n'a pu se rendre compte des garanties offertes. Le notaire mandataire ne sera pas toujours condamné à la réparation intégrale du préjudice causé, il pourra ressortir des circonstances de la cause une atténuation de sa responsabilité que les tribunaux apprécieront. Tel serait le cas que nous avons prévu ci-dessus de la présence du prêteur à l'acte, lorsqu'il sera prouvé qu'il connaissait l'emprunteur et les sûretés offertes.

CHAPITRE II

DU NOTAIRE GÉRANT D'AFFAIRES

La gestion d'affaires, comme le mandat, aggrave et étend beaucoup la responsabilité notariale et constitue pour les tribunaux une question délicate à trancher. La gestion d'affaires est régie par les articles 1371 à 1375 du Code civil et se rapproche beaucoup du mandat, avec lequel elle a cependant plusieurs différences ; ainsi le gérant d'affaires n'a droit au remboursement que des dépenses utilement faites ; le mandataire a, au contraire, droit à toutes les dépenses qu'il a faites dans l'exécution de son mandat. Comme pour le mandat, c'est à celui qui allègue la gestion d'affaires à la prouver, mais ce contrat, reposant uniquement sur des faits, ne pourra s'établir que par la preuve testimoniale ; il était impos-

sible en effet au demandeur de se procurer une preuve écrite, puisque c'est de son propre fait que le notaire s'est mis à agir pour son compte. Il sera difficile de distinguer la gestion d'affaires de ce que nous avons nommé le mandat tacite, ce sera là une pure question de fait à décider d'après les circonstances. Ainsi la Cour de Bordeaux a pu décider le 20 juin 1853 que le fait par un notaire d'avoir spontanément engagé un client à faire un prêt hypothécaire d'une somme déposée entre ses mains à lui, notaire, et de lui avoir donné à tort l'assurance que les biens de l'emprunteur offriraient toute garantie, constitue non un mandat, mais des agissements susceptibles d'être prouvés par témoins dans le but d'établir la responsabilité du notaire. Il a été également jugé par la Cour d'Aix, le 10 août 1876, qu'il y avait lieu à responsabilité comme gérant d'affaires pour le notaire qui s'était immiscé d'une façon préjudiciable dans l'administration des biens d'un de ses clients.

Le notaire gérant d'affaires devrait répondre de ses fautes et de ses négligences ; on ne voit pas de raison pour le soustraire à la responsabilité dans un cas comme dans l'autre. Pourtant le *Dictionnaire notarial* et M. Dalloz ne sont pas de cet avis. Ils sont d'accord pour déclarer responsable de ses fautes le notaire gérant d'affaires ; mais ils ne veulent pas entendre parler des omissions ou des négligences. « Le notaire, trouvons-nous au *Dictionnaire notarial*, ne peut pas être responsable comme *negotiorum gestor* lorsqu'on ne lui impute pas un fait positif, mais une négligence ou une omission d'agir. Dans ce cas, il ne pourrait être déclaré responsable de la

faute alléguée qu'en vertu d'un mandat dont on devrait justifier contre lui, dans les termes du droit » (1). Et M. Dalloz exprime la même opinion : « Il a été parfaitement jugé, dit-il, qu'un notaire ne peut encourir de responsabilité pour faute commise comme *negotiorum gestor*, lorsque la faute qu'on lui impute consiste non dans un fait mais dans une omission de faire ou dans une négligence ; qu'en pareil cas le notaire ne pourrait être actionné que pour inexécution de mandat à la charge par le prétendu mandant de prouver, suivant les règles ordinaires, l'existence de la convention (2) ». La Cour de Douai, le 28 janvier 1846, a pu cependant considérer comme *negotiorum gestor* le notaire qui s'était entremis pour une des parties dans la négociation d'un prêt et qui avait promis de ne rien négliger de ce qui pourrait concourir à l'entière sûreté de ses fonds ; en conséquence elle le déclara responsable d'avoir affirmé légèrement que le prêt offrait toute sécurité et de n'avoir pas vérifié au bureau de la conservation des hypothèques si les biens donnés en garantie avaient été acquis en vertu de contrats transcrits. La Cour suppose donc bien ici une faute *in omittendo*, une négligence de la part du notaire gérant d'affaires et elle ajoute qu'il en répond. Cela nous semble plus rationnel que l'opinion que nous avons vue ci-dessus.

Ainsi que nous l'avons dit, en s'immisçant dans les affaires de son client, le notaire aggrave sa responsabilité, il devient tenu de toutes les obligations imposées au gé-

(1) *Dict. notarial*, p. 387. — (2) Dalloz, *Responsab.*, n° 356.

rant d'affaires et il doit apporter à sa gérance tous les soins d'un bon père de famille. Il y aura à éviter en conséquence la tendance que l'on a de considérer le notaire soit comme mandataire ou comme gérant d'affaires. Dans la plupart des contestations concernant les placements de fonds et la responsabilité notariale, cette question du mandat et de la gestion est soulevée; ce sera aux tribunaux à vérifier l'exactitude de ces assertions et de protéger les notaires contre ce penchant que l'on a d'augmenter toujours leur responsabilité. En vertu de ce pouvoir d'appréciation, nous voyons la Cour de Dijon, le 17 juillet 1873, considérer comme *negotiorum gestor* le notaire qui, ayant procédé à une adjudication dans laquelle le prix a été stipulé payable en son étude et destiné à désintéresser les créanciers inscrits, avait employé les fonds versés entre ses mains à payer des créanciers dont les inscriptions ne venaient pas en rang utile, et, comme tel, ledit arrêt le déclarait tenu de garantir l'acheteur contre les poursuites intentées par les créanciers ayant des inscriptions antérieures. En vertu du même pouvoir d'appréciation, le tribunal de Rouen avait pu déclarer non responsable le notaire qui, chargé d'acheter une rente sur l'Etat, avait remis les fonds à un agent de change dont rien ne faisait soupçonner l'insolvabilité et qui les avait dissipés. (Rouen 9 mai 1878).

Ainsi qu'il résulte des exemples que nous avons cités, c'est dans la matière des placements de fonds que la responsabilité du notaire, pris comme mandataire ou gérant d'affaires, se trouve le plus souvent en jeu. L'ordonnance du 4 janvier 1843 avait bien essayé de dimi-

nuer, dans ces cas, les chances de responsabilité en faisant aux notaires diverses prescriptions et prohibitions qui, bien observées, empêcheraient bien des désastres. Mais la pratique n'a tenu à peu près aucun compte de ces prohibitions et l'abus en est devenu si général que les tribunaux reculent le plus souvent devant l'application stricte de cette ordonnance.

CHAPITRE III

DU NOTAIRE COMME DÉPOSITAIRE

Un des nombreux caractères des notaires, c'est d'être dépositaires ; ils sont en effet journellement appelés, par la confiance de leurs clients et pour la facilité et la rapidité des négociations, à recevoir en garde des sommes plus ou moins considérables destinées à des paiements ou à des placements, ou provenant de successions ; il en est de même des titres et valeurs trouvés lors d'un inventaire qui, la plupart du temps, leur sont confiés pour qu'ils les analysent et les vendent. De même ils sont en quelque sorte dépositaires légaux des minutes des actes qu'ils reçoivent et sont chargés de conserver pour en délivrer les grosses, expéditions ou extraits et en faire la représentation au besoin. Dans tous ces cas, le caractère de dépositaire entraîne avec lui des obligations qui influent sur la responsabilité du notaire.

Dans le cas de dépôt par les clients de sommes ou valeurs entre les mains du notaire, la responsabilité de ce dernier se trouve engagée comme dépositaire et elle est souvent encore aggravée en raison de la désignation

faite par le client de l'emploi à faire des objets déposés, ce qui constitue alors une sorte de mandat. Le notaire dépositaire est à la fois soumis aux règles du droit commun en matière de dépôt et aux règles ordinaires à lui imposées comme notaire. Dépositaire, il doit apporter à la garde de la chose tous les soins qu'il donne à celles qui lui appartiennent. Un arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1871 a pu ainsi déclarer responsable un notaire qui, chargé de distribuer le prix d'une vente aux plus anciens créanciers hypothécaires, en a omis quelques-uns et a remis le surplus du prix au vendeur sans l'autorisation de l'acheteur. De même, un autre arrêt de la Cour de cassation du 20 juillet 1821 a déclaré responsable des suites de son imprudence ou de sa négligence, le notaire qui prend sur lui de faire la distribution entre les créanciers du prix de vente versé entre ses mains.

On s'est demandé si le client lésé pouvait se retourner contre le cautionnement du notaire et se faire ainsi rembourser du préjudice causé. Il nous faut faire une distinction à ce sujet.

L'article 33 assujettit, en effet, le notaire à un cautionnement spécialement affecté à la garantie des condamnations prononcées contre lui par suite de l'exercice de ses fonctions. Et l'article 2102, paragraphe 7, prononce que les créances résultant d'abus et de prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, seront privilégiées sur les fonds de leur cautionnement et sur les intérêts qui peuvent en être dûs. Il ressort de ces deux articles et la jurisprudence

est unanime à déclarer que la partie lésée n'a privilège sur le cautionnement du notaire que pour ce qu'on est convenu d'appeler le fait de charge, c'est-à-dire pour la faute commise dans l'exercice de ses fonctions ; mais, qu'au contraire, ce privilège n'existe aucunement pour garantir les simples actes de confiance pour lesquels on s'est adressé aux notaires. Ainsi il faudra donc faire cette distinction préalable pour voir si le client peut agir sur le cautionnement ; le dépôt a-t-il été fait au notaire comme particulier ou comme notaire, et la créance dont il s'agit résulte-t-elle oui ou non d'un fait de charge ? Nous pouvons prendre pour exemple le cas d'un tiers qui a déposé des fonds chez un notaire pour les placer et les a perdus par suite d'un détournement ; il ne pourra évidemment pas agir sur le cautionnement ; il n'y a pas ici fait de charge. Il pourra actionner le notaire devant les tribunaux comme responsable et le faire condamner à des dommages-intérêts et à la restitution, mais là se bornera son droit et pour se faire payer, il n'aura de recours que contre la fortune du notaire. Avant la loi du 22 juillet 1867, le déposant pouvait de plus agir par la contrainte par corps, mais actuellement elle est abolie, il n'y a donc plus lieu d'en parler que comme mémoire. Le client serait au contraire dans son droit de recourir contre le cautionnement, par exemple pour rentrer dans les fonds par lui versés au notaire pour l'enregistrement de l'acte. Ici c'est bien un fait de charge, le client est tenu d'avancer les fonds, sinon, ainsi que nous l'avons vu, le notaire pourrait se refuser à recevoir l'acte, il est donc juste que la loi lui permette de recourir sur les

fonds de garantie pour s'indemniser du détournement des sommes ainsi versées. Les tribunaux auront donc, pour déterminer la responsabilité du notaire, à examiner d'après les faits de la cause si oui ou non il y a fait de charge.

Par rapport aux actes, c'est la loi elle-même qui constitue les notaires dépositaires. Dans l'article 1^{er} de la loi de ventôse il est dit que les notaires sont institués pour recevoir les actes, en conserver le dépôt et en délivrer des grosses ou expéditions. Mais ce sont les articles 20, 21, 22 et 23 qui règlent cette sorte de dépôt. Aux termes de l'article 20, il est imposé aux notaires de garder minute de tous leurs actes, sauf des actes dits actes simples. Il était de toute nécessité d'imposer aux notaires cette obligation ; dépositaires des actes et des titres qui intéressent le plus les citoyens, ils ne peuvent se dessaisir d'aucune de leurs minutes, si ce n'est dans les cas prévus par la loi ou en vertu d'un jugement. Ces dispositions de la loi de ventôse constituent en effet pour le notaire une sorte de dépôt légal, et entraînent, par leur violation, dans de très graves proportions sa responsabilité.

Le notaire répond en principe de la perte de ses minutes ; bien entendu, nous n'entendons parler que des actes parfaits, c'est-à-dire de ceux qui ont toutes les qualités voulues pour être authentiques. Jusqu'à ce que toutes les formalités nécessaires à leur perfection soient accomplies, l'acte ne contient qu'un projet et sa conservation ne saurait être une obligation pour le notaire ; mais du moment où l'acte est complet, toutes les con-

ventions en deviennent définitives et il est impossible au notaire de le détruire sous peine d'encourir la responsabilité, et cela, même au cas où les obligations que l'acte contient sont devenues inutiles. En effet, les tiers pourront avoir plus tard intérêt à retrouver ces conventions dont le caractère était d'être définitif et perpétuel.

Une question peu pratique, puisqu'il y a un moyen facile de la tourner, a été émise dans le temps sur le point de savoir si l'édit de mars 1693, permettant au testateur de se faire remettre son testament par le notaire rédacteur, était toujours en vigueur ou s'il avait été abrogé par la loi de ventôse. Il nous semble que l'art. 69 de la loi de ventôse est formel et déclare abroger toutes les lois antérieures en ce qu'elles avaient de contraire et d'inconciliable avec les réglemmentations de la présente loi. Or, l'article 22 est aussi formel de son côté quand il déclare que les notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune de leurs minutes, si ce n'est momentanément en vertu d'un jugement; et cette prescription est absolument inconciliable avec celle de l'ordonnance de 1693. D'ailleurs, il y a un moyen bien facile pour le testateur qui veut changer ou réformer son testament, il n'a qu'à en faire un autre en déclarant révoquer toutes dispositions antérieures et le premier deviendra lettre morte. Le notaire ne pourrait donc, pour sauvegarder sa responsabilité, se baser sur les dispositions de l'ordonnance de 1693.

Il y a évidemment des circonstances de force majeure qui excusent le notaire de la perte de ses minutes. Il en serait ainsi de la guerre, de l'incendie, de l'inondation.

Ce sera alors une question de fait pour apprécier si le notaire avait pris toutes les précautions désirables pour parer à ces circonstances fâcheuses. D'ailleurs, la loi a pris tous les moyens possibles pour éviter que ces événements ne causent de trop grands préjudices aux particuliers. Ainsi elle exige des notaires que tous les ans ils fassent le dépôt au greffe d'une copie de leur répertoire, copie bien restreinte il est vrai, mais qui permettrait à la rigueur de reconstituer les minutes perdues. Dans la guerre de 1870, certains notaires reçurent l'ordre de transporter leurs minutes dans les places fortes voisines. Ceux qui se conformèrent à cet ordre et eurent leurs minutes détruites, ne purent être attaqués en responsabilité. Ceux qui, au contraire, croyant mieux faire, ou par simple négligence, ne s'y conformèrent pas, purent être valablement attaqués en responsabilité pour les suites de leur faute.

Le principe de la matière est donc la responsabilité du notaire s'il ne peut représenter la minute de l'acte qu'il a reçu. Ainsi le tribunal de Dunkerque, le 20 mars 1815, confirmé par un arrêt de la Cour de Douai du 1^{er} juillet 1816, a pu juger que le particulier qui, ne pouvant pas représenter la minute de son contrat de mariage, parce qu'elle ne se retrouve plus dans les minutes du notaire qui l'a dressé, est privé par là des avantages qu'il prétend résulter de ce contrat, se trouve fondé à demander des dommages-intérêts au notaire. « Considérant en droit, dit ce jugement, que les notaires sont garants et responsables envers les parties des minutes des actes qu'ils reçoivent ; que cette responsabilité qui dérive de la

nature de leurs fonctions, ne peut être contestée ; qu'en droit, celui qui, par sa faute, cause un dommage à autrui est obligé à le réparer et qu'il est responsable de ce dommage, non seulement lorsqu'il arrive par son fait, mais aussi par sa négligence ou son imprudence ; que ces principes sont plus particulièrement applicables aux notaires, puisque les parties se trouvent pour certains actes, et notamment pour les contrats de mariage, obligés d'avoir recours à leur ministère et que la loi exige qu'ils gardent minute de ces contrats, d'où il suit qu'ils en sont dépositaires nécessaires ; qu'il est dès lors certain que si la minute se perd, le notaire qui l'a reçue se trouve, ainsi que ses héritiers, garant des dommages et intérêts des parties, à moins qu'il ne prouve que cette perte provient de force majeure... condamne... » (1).

Cette responsabilité du notaire peut s'étendre même à ses héritiers, qui peuvent d'ailleurs comme lui en être déchargés par cas de force majeure. La conservation des minutes par le notaire n'a aucun intérêt pour l'efficacité et la validité des contrats ; ce n'est qu'au point de vue de la preuve des conventions, qui sera difficilement faite si la minute est perdue, d'où il peut résulter un grand préjudice pour la partie et une source de dommages-intérêts pour le notaire.

Non seulement les notaires sont tenus de conserver les minutes des actes qu'ils reçoivent, mais il leur est en outre défendu de les communiquer au premier venu. Ils ne peuvent, aux termes des articles 22 et 23, sans

(1) Dalloz. *Responsab.*, 323.

jugement ou ordonnance du président du tribunal, les communiquer qu'aux parties intéressées, leurs héritiers ou leurs ayants-droit. La communication faite par le notaire à d'autres que ces personnes, entraînerait pour lui une peine disciplinaire, une amende et elle engagerait gravement sa responsabilité au sujet de tous dommages-intérêts; au cas de récidive il pourrait être suspendu de ses fonctions pendant trois mois. On voit que la loi a sévèrement réglementé cette obligation imposée aux notaires; il y avait en effet des intérêts très sérieux en jeu qu'il s'agissait de protéger; les parties peuvent désirer pour des raisons plus ou moins intéressées que l'acte qu'elles ont passé reste entre elles et que les conditions n'en soient pas livrées au public. Dans tous les cas, la loi est formelle, et la partie qui aurait à se plaindre de la violation de cette prohibition pourrait sans aucun doute actionner le notaire en responsabilité. Cette matière de la communication des actes touche de très près celle du secret professionnel; aussi la communication faite à d'autres qu'aux intéressés viole-t-elle à la fois, il nous semble, et la loi du secret et la disposition de l'article 23. La loi a restreint autant que possible le pouvoir de communication des actes. Aussi la Cour de cassation, le 3 décembre 1884, a pu décider que même les tribunaux ne pouvaient en faveur d'un intérêt privé ordonner la communication générale des actes d'un notaire par la voie du greffe (1).

Dans tous les cas ce sera à la partie, qui excipe de la

(1) Dalloz, 1885 — 1 — 360.

faute du notaire, à la prouver. Cette preuve se fera pour la perte ou la non conservation de l'acte au moyen du répertoire, des grosses ou des extraits déjà délivrés ou même par les extraits des registres de l'enregistrement. Pour la communication, ce sera plus difficile et c'est là une question de fait à prouver selon le droit commun.

A l'obligation pour le notaire de conserver les minutes des actes qu'il reçoit, se rattache intimement l'obligation de délivrer les grosses et expéditions. C'est seulement au notaire détenteur de la minute qu'appartient ce droit ou à celui à qui copie de l'acte a été déposée pour minute. Les notaires ne doivent faire cette délivrance qu'aux personnes intéressées et à leurs ayants-droit et ils peuvent même refuser cette délivrance jusqu'à ce qu'ils soient remboursés de leurs frais et honoraires, c'est là ce qui se fait généralement en pratique. Il ne peut être délivré qu'une seule grosse ou copie de l'acte revêtue de la formule exécutoire à chacune des parties intéressées et y ayant droit. Pour habiliter le notaire à en délivrer une seconde, il faut une ordonnance du président du tribunal civil de première instance, sous peine de destitution et de tous dommages-intérêts envers le notaire contrevenant.

La responsabilité du notaire peut se trouver plus ou moins gravement mise en jeu par suite d'infraction à ces diverses prescriptions. Il pourrait par exemple être valablement condamné à tous dommages-intérêts pour retard apporté sans cause dans la délivrance d'une grosse, si d'ailleurs il en est résulté un dommage pour

la partie. Ce sera encore là une question laissée à l'appréciation des tribunaux.

Il est évident que les expéditions des actes doivent être la copie conforme et littérale de la minute et que la responsabilité du notaire pourrait se trouver engagée pour erreur commise dans la copie, si d'ailleurs un préjudice en était résulté. On s'est demandé si le notaire ne pouvait pas opposer à cette action la faculté laissée aux parties de prendre communication des actes et de s'assurer ainsi de l'exactitude de la copie qui en a été délivrée. C'est là une question absolument théorique; la pratique n'admet pas ce contrôle des parties qui paraîtrait injurieux pour l'honneur du notaire; aussi se baser sur cette faculté pour dénier aux parties le pouvoir d'actionner le notaire en responsabilité, nous paraît peu logique et guère possible. On ne peut que se fier aux notaires pour cette tâche relativement facile, et comme compensation il y a toujours le recours en responsabilité contre eux. Tout au plus, dans certains cas, les tribunaux pourraient-ils voir dans ce droit accordé aux parties une légère atténuation de la responsabilité du notaire. Beaucoup soutiennent pourtant que cette faculté de contrôle, si elle ne fait pas disparaître la responsabilité du notaire, la diminue considérablement en faisant partager la faute et par conséquent la responsabilité à la partie elle-même.

Le Code civil nous fournit un cas important de responsabilité relativement aux contrats de mariage, nous avons déjà eu l'occasion d'en dire quelques mots. Il s'agit de l'article 1397 qui prescrit que tous change-

ments ou contre-lettres ne seront valables à l'égard des tiers que s'ils ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage, et que le notaire ne pourra, sous peine de tous dommages et intérêts, délivrer ni grosses ni expéditions dudit contrat sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. La prescription de la loi est donc formelle et elle est sanctionnée par la responsabilité du notaire contrevenant. Mais envers qui est-il passible de tous dommages-intérêts? Ici s'élève une grave controverse. On se demande ce que la loi a voulu entendre par le mot « *parties*. » D'après l'opinion la plus générale, la loi entendrait, par ce mot, les tiers qui ont traité avec les époux sur le vu de l'expédition incomplète et qui se sont ainsi trouvés lésés. D'après cette opinion, le changement ou contre-lettre serait donc opposable aux tiers bien qu'ils ne l'aient pas connu ni pu le connaître par l'expédition qui leur a été fournie, et ce serait eux qui en souffriraient sauf leur recours contre le notaire fautif. M. Toullier n'est pas de cet avis et il estime que la contre-lettre, non rédigée à la suite de l'expédition qui a été fournie aux tiers, ne leur est point opposable bien qu'elle existe à la suite de la minute du contrat de mariage (1). Baudry-Lacantinerie est du même avis. « Dans la pratique, dit-il, ce seront presque toujours les époux qui obtiendront du notaire l'expédition du contrat et qui la remettront aux tiers. Si elle est incomplète, n'est-il pas juste alors que les conséquences en retombent sur les époux qui auraient

(1) Toullier, t. XII, n° 67.

pu facilement s'apercevoir de la lacune et la signaler, plutôt que sur les tiers qui n'ont pas pu la soupçonner. Aussi nous semble-t-il plus probable que dans la pensée du législateur, ces mots « les parties » désignent les époux qui ont été parties au contrat, interprétation beaucoup plus naturelle (1). » Pour nous, cette opinion nous semble plus logique et plus vraisemblable. Dans tous les cas, c'est le notaire qui est responsable du préjudice causé et s'il cherche une atténuation plus ou moins grande dans la faute commise par la partie, ce sera aux tribunaux à l'apprécier.

CHAPITRE IV

DE LA RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE PAR RAPPORT AU FAIT DE SES CLERCS

Les clerks des notaires, comme de tous les officiers ministériels, sont leurs préposés dans le sens de la loi, ils doivent agir sous la surveillance de leur patron qui les dirige. Or, comme d'après l'article 1384 du Code civil les commettants sont responsables des dommages causés par leurs préposés dans l'exercice des fonctions auxquelles ils sont employés, le notaire doit être responsable du fait de ses clerks lorsqu'ils ont agi en leur qualité de clerks, « *inter fines præpositionis*. » La raison en est toute naturelle et toute logique, le notaire a de son plein gré choisi ses clerks, personne n'a pu l'influencer à leur

(1) Baudry-Lacantinerie, t. III, p. 17.

sujet, il a dû par conséquent, avant de les mettre en rapport avec ses clients, s'assurer de leur aptitude, de leur probité et de leur capacité, sinon il y a tout au moins une négligence à lui reprocher et il doit en supporter les conséquences, « *Aliquatenus culpæ reus est quod opera malorum hominum uteretur.* » De plus, dans tous les cas, c'est au notaire à surveiller l'exécution du mandat qu'il a confié à son clerc et, si les ordres qu'il lui donne ou la surveillance qu'il doit exercer ne sont pas complets et suffisants, il est juste qu'il en réponde. Entre deux parties, dont l'une n'a rien à se reprocher, il n'y a guère à hésiter. Il faut donc en somme deux conditions pour que le notaire soit justement mis en cause par le fait de son clerc ; il est nécessaire que ce clerc ait agi comme représentant ou auxiliaire du notaire et que le client n'ait pas de son côté une faute ou une imprudence à se reprocher. Il est évident que si le clerc a agi comme simple particulier pour un fait totalement étranger aux affaires et aux opérations de l'étude, on ne peut prétendre rendre son patron responsable du préjudice causé. Pour ses affaires particulières le clerc n'est plus mandataire de son patron, il agit pour son compte privé et comme les autres citoyens il doit supporter les conséquences de ses actes sans que personne autre que lui ne puisse pour ce fait être déclaré responsable. D'un autre côté, si le client a lui-même à se reprocher une négligence ou une imprudence, cela pourra, suivant le cas, atténuer la responsabilité du notaire ou même la faire entièrement disparaître.

Les clercs de notaires ont pour fonctions de préparer

les actes et de les expédier. Dans l'exercice de ces fonctions il peut arriver souvent que des erreurs soient commises ; c'est au notaire à les rectifier, et il en supporte les conséquences. En pratique, c'est au principal clerc que revient cette obligation de correction, mais cela ne change rien au principe, et ce sera le patron qui répondra des suites de l'erreur et devra réparer le préjudice causé. On s'est demandé si les dépôts de pièces ou d'argent faits aux clercs doivent être regardés comme une imprudence de la part du client et si par conséquent la responsabilité du notaire se trouvait atténuée par ce fait. La pratique a résolu cette question en consacrant que le dépôt de pièces au clerc rédacteur de l'acte ne décharge pas le notaire de sa responsabilité, que, pour ce fait, le clerc est censé avoir un mandat tacite comme préposé à son lieu et place. Mais pour les remises de fonds, cela paraît plus difficile à admettre ; il nous semble que le notaire pourrait exciper de la faute commise ainsi par son client pour se décharger en partie de l'action en responsabilité intentée contre lui, et qu'il ne pourrait être déclaré responsable qu'autant qu'il résultera des circonstances de la cause que le clerc avait un mandat tacite à cet effet, et que l'usage constant de l'étude y était conforme.

En outre de la responsabilité que le notaire peut encourir par le fait de ses clercs agissant comme ses préposés, nous avons vu qu'il pourrait être encore déclaré responsable de la faute que ce clerc commet comme mandataire d'un client lorsqu'il n'a cette qualité que comme prête-nom, et au lieu et place du notaire. Ce

sera là une question de fait à élucider par les tribunaux. Du reste, le clerc n'est pas réputé mandataire de son patron, et s'il est lui-même mandataire des parties, il devient seul responsable vis-à-vis de son mandant.

QUATRIÈME PARTIE

DU NOTAIRE EN SECOND ET DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

CHAPITRE PREMIER

DU NOTAIRE EN SECOND

Nous avons déjà souvent eu l'occasion de parler du notaire en second dans le courant de cette étude ; nous allons ici dire quelques mots de ses fonctions et de sa responsabilité.

« Les actes seront reçus, dit l'article 9 de la loi de ventôse, par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins... » La loi, en édictant cet article, avait évidemment voulu créer une garantie sérieuse de la sincérité et de la bonne rédaction des actes. Le notaire en second devait assister son confrère pour la réception de l'acte ; malheureusement, cela était gênant dans la pratique. Aussi cette assistance du second notaire fut-elle bientôt laissée de côté. De graves discussions s'élevèrent à ce sujet ; les auteurs en arrivèrent à dénier cette obligation, et la pratique abonda dans le même sens en s'appuyant sur l'inutilité de cette mesure et sur la difficulté qu'elle apportait dans la réception des contrats.

Le notaire en second prit l'habitude de ne plus pa-

raître à la réception de l'acte et de se contenter de le signer après coup. La pratique se trouvait donc en désaccord avec le texte de la loi, et cet état de choses produisait une incertitude qui ne pouvait durer longtemps sans causer des troubles. La loi du 21 juin 1843 vint régler le conflit. Elle consacra le principe admis par la pratique et n'exigea plus la présence réelle du notaire en second, sauf pour certains actes solennels qu'elle spécifia. Cette loi, en fixant la manière d'agir, fit disparaître la responsabilité du notaire en second ; car il est évident, dit M. Vergé, que si les notaires sont dispensés d'assister à la réception des actes ordinaires qu'ils signent et sont tenus de signer comme notaires en second sans recevoir d'émoluments, ils ne peuvent engager leur responsabilité à raison d'actes qu'ils n'ont pas suivis et qui se sont consommés hors de leur présence. » (1) Pour l'intelligence de la matière, nous allons parcourir le texte de cette loi de 1843, d'ailleurs fort courte ; elle ne contient que quatre articles.

Aux termes de l'article 1^{er}, les actes notariés passés depuis la promulgation de la loi de ventôse ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en second ou les témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception desdits actes. Cet article ne faisait que légitimer la pratique suivie jusqu'alors, il consacrait en quelque sorte un faux légal, puisque cette pratique était en opposition avec la loi de ventôse. C'est dans l'art. 2 qu'est contenue la restriction de cette pratique en ce qui

(1) Vergé, n° 117.

concerne les donations entre vifs, donations entre époux, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels et les procurations pour consentir ces divers actes ; pour ces actes, en effet, la loi de 1843 exige à peine de nullité la présence réelle des deux notaires ou d'un notaire et des témoins. Elle ajoute que cette présence ne sera nécessaire qu'au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature par les parties et qu'elle devra être mentionnée à peine de nullité. L'article 3 pose que les autres actes continueront à être régis par l'article 9 de la loi de ventôse, tel qu'il est modifié par l'article 1^{er} de la loi de 1843, et l'article 4 ajoute qu'il n'est rien innové aux dispositions du Code civil sur les testaments.

Aux termes de l'article 2, il y a donc certains actes pour lesquels la présence réelle du notaire en second est exigée et où même la mention de cette présence doit être faite à peine de nullité. Dans ces actes le notaire en second sera responsable comme le notaire rédacteur ; pour les autres actes, il ne le sera aucunement, au moins en principe général. Si toutefois il avait coopéré à la rédaction et à la vérification de l'acte sur l'invitation de l'une des parties, il est évident que sa responsabilité peut alors se trouver en jeu. Il en serait de même, si l'acte contenait une clause contraire aux bonnes mœurs ou un faux et qu'il était prouvé que le notaire en second en avait la connaissance. Il y aura donc encore ici une question d'appréciation par les tribunaux, qui pour cela se rappelleront que la loi n'a nulle part accordé aux notaires en second un pouvoir de contrôle sur les actes

de son confrère, et qu'elle n'a fait, sauf pour les actes contenus en l'article 2, que conserver une formalité à peu près illusoire, un semblant de garanties pour les parties, en espérant peut être que le notaire, sachant que son acte passera sous les yeux d'un collègue qui est libre d'en prendre connaissance, sera ainsi retenu de commettre certaines fautes ou indélicatesses.

On s'est demandé si le notaire en second, pour les actes compris en l'article 2, était solidairement responsable avec le notaire rédacteur des dommages-intérêts dûs à raison de ces actes. Les opinions sont divisées sur ce point. Le premier système, en se basant sur ce que la solidarité ne se présume pas, d'après l'article 1202 du Code civil, et qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée ou qu'elle existe en vertu d'une disposition de la loi et sur ce que l'article 55 du Code pénal ne prononce nullement la solidarité pour le cas de quasi délit, se prononçait pour la négative. Le second système, qui nous paraît préférable, penche pour l'affirmative. Il semble que la solidarité doit exister entre les auteurs d'un quasi délit comme pour le délit ; l'indivisibilité des actes dommageables commis par plusieurs personnes, l'impossibilité de distinguer la part que chacune d'elles y a prise, dit M. Sourdat, doivent produire la solidarité dans la réparation, quand même le fait ne constituerait qu'un quasi délit. Le dommage est résultat du concours de plusieurs fautes, d'imprudences et de négligences, il a sa source et est présumé l'avoir dans toutes et dans chacune d'elles à la fois. Donc chacun de ceux qui ont commis la faute est tenu à la réparation de tout le dommage en

vertu de l'article 1383 du Code civil. Il y a une obligation solidaire entre eux, et cette solidarité naît de la loi (1). « La jurisprudence se prononce dans ce sens. Un arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1852, entre autres (2), déclara que les auteurs d'un fait dommageable sont tenus de réparer le préjudice qu'ils ont causé par leur faute ; qu'ils en sont tenus solidairement lorsque le fait est le résultat d'un concert entre eux et qu'ils y ont simultanément concouru ; que, dans ce cas, chacun des auteurs du quasi délit doit être considéré comme étant individuellement la cause du dommage qui, peut-être, n'aurait pas eu lieu sans sa participation. » Dalloz déclarait également qu'on doit admettre la solidarité. Pour les dépens de l'instance il en serait de même s'ils ont été adjugés à titre de dommages-intérêts, mais non dans le cas contraire, car aucun texte ne prononce la solidarité des dépens entre les condamnés. D'autre part, si le notaire en second a concouru à l'acte comme mandataire des parties, il est évident que dans ce cas il est tenu des règles du mandat, et que comme mandataire il encourt la responsabilité.

CHAPITRE II

DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

Nous avons parlé de la responsabilité du notaire et du droit à la réparation qu'ont les parties lésées ; ici nous allons dire quelques mots de l'exercice de ce droit. Pour

(1) Sourdut. *Responsabil.*, t. II, 704. — (2) Dalloz. 1853. 1-49.

obtenir la réparation qui lui est due, le tiers lésé doit s'adresser à la justice, qui fixera le degré de responsabilité du notaire et le *quantum* des dommages-intérêts à allouer. Le ministère public peut, de son côté, poursuivre le notaire, mais il n'a aucun pouvoir pour réclamer les dommages-intérêts que ne demande pas la partie lésée. Cette action, que doivent intenter les parties lésées si elles veulent être indemnisées, sera dirigée contre le notaire contrevenant ou contre ses héritiers au cas de son prédécès. L'action civile pour la réparation du dommage peut être exercée contre le prévenu et contre ses représentants, dit l'article 2 du Code d'instruction criminelle. L'action publique, au contraire, s'éteint par la mort du prévenu. Augan (1) proposait à ce sujet une distinction entre l'obligation de payer les frais de l'acte annulé et celle de réparer le dommage; la première obligation pouvait être mise à la charge des héritiers, tandis que la seconde ne pouvait l'être qu'autant qu'ils auraient profité de la faute. Cette opinion semble contraire à tous les principes, qui veulent que les héritiers soient tenus des obligations en même temps que des droits de leurs auteurs. « *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno* » peut-on dire avec justice, et ceux qui profitent de l'actif doivent commencer par acquitter le passif. D'ailleurs, il est évident que pour apprécier le degré de responsabilité incombant aux héritiers, les tribunaux tiendront compte et du laps de temps écoulé depuis la faute du notaire et surtout de ce fait que les héritiers sont moins à même

(1) Augan, 84.

que leur auteur pour se défendre de l'action qu'on leur intente ; la responsabilité leur sera donc à juste titre appliquée avec moins de rigueur.

Les héritiers pourront de plus exciper de la prescription trentenaire à compter du jour où le préjudice a été souffert ; la jurisprudence est en ce sens. C'est en effet ce préjudice qui donne naissance à la responsabilité, les parties n'ayant pas lieu de se plaindre auparavant. Cette action peut être exercée par tous ceux qui se trouvent lésés.

Aux termes de l'article 53 de la loi de ventôse, cette action doit être intentée devant le tribunal de première instance de la résidence du notaire, elle peut l'être directement ou accessoirement à une autre action. Cet article a donné lieu à une controverse. Les uns veulent voir cette obligation de porter l'action devant le tribunal de première instance exister dans tous les cas, lorsqu'il s'agit d'un notaire. La Cour de cassation semble interpréter cet article différemment, en soutenant que l'on est forcé de porter l'action devant ce tribunal, seulement lorsque c'est une action civile jointe à une action disciplinaire, mais que pour l'action civile principale elle reste soumise au droit commun.

Ainsi qu'il ressort de cette courte étude, la responsabilité des notaires peut se trouver en jeu dans des cas excessivement nombreux et d'une façon souvent fort grave, et c'est ce qui rend leurs fonctions difficiles et dangereuses. Il fallait arriver à protéger les particuliers contre les notaires, tout en défendant ceux-ci contre la tendance trop prononcée des clients à les attaquer en res-

ponsabilité. On est arrivé à ce résultat, ainsi que nous l'avons vu, en établissant d'une part les principes de la responsabilité, et en laissant d'autre part, dans cette question, la plupart du temps de fait, les tribunaux libres appréciateurs.

POSITIONS

I. — DROIT ROMAIN

1° En droit romain on ne distingue que deux espèces de fautes, la *culpa lata* et la *culpa levis*.

2° Le *litiscontestatio* forme le dernier acte de la procédure *in jure*.

3° La compensation, même sous Justinien, n'a jamais constitué un paiement réciproque fictif et forcé, mais est toujours restée judiciaire.

4° La dénomination des actions mixtes *tam in rem quam in personam* a son origine dans la rédaction de la formule.

5° L'obligation *litteris* n'existe plus dans le droit de Justinien.

6° Le seul consentement des époux ne suffisait pas pour la formation du mariage en droit romain.

II. — DROIT CIVIL

1° Tout ascendant donateur, même le père et la mère naturels, peut exercer le droit de retour successoral.

2° La présence de l'enfant adoptif du donataire ne fait pas obstacle à l'exercice du retour successoral.

3° L'obligation alimentaire est intransmissible aux héritiers du débiteur.

4° La séparation de biens résultant accessoirement d'un jugement en séparation de corps ne rétroagit pas au jour de la demande dans les rapports des époux avec les tiers.

5° La femme qui n'a pas fait inventaire dans les délais est déchue de la faculté de renoncer à la communauté.

6° La femme exerce ses reprises à titre de créancière.

7° La vente de la chose d'autrui est simplement annulable.

8° Le jugement ordonnant une reddition de compte entraîne hypothèque judiciaire sur les biens du comptable, pour le paiement du reliquat.

9° Le tribunal français appelé à donner l'exequatur à un jugement rendu par un tribunal étranger, doit examiner le jugement quant au fond et voir s'il a été bien ou mal jugé.

10° Le privilège du voiturier a pour fondement une constitution tacite de gage et non la plus-value donnée par le transport à la chose voiturée.

III. — DROIT CONSTITUTIONNEL

Le pouvoir judiciaire n'est qu'une émanation du pouvoir exécutif.

IV. — DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Le blocus doit être effectif.

V. — DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

La femme étrangère n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, à moins que sa loi personnelle ne lui en accorde.

VI. — DROIT COMMERCIAL

La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.

Vu :

Le Professeur, Président de la thèse,

R. TOUTAIN.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZÉVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Aperçu général sur les <i>argentarii</i>	1
Première partie. — Des diverses fonctions des <i>argentarii</i> et de leurs opérations.....	14
CHAPITRE PREMIER. — Du change.....	14
CHAPITRE II. — Du dépôt.....	16
CHAPITRE III. — Du prêt.....	34
CHAPITRE IV. — Du <i>receptum</i>	40
CHAPITRE V. — Des opérations étrangères à la banque..	46
CHAPITRE VI. — De l'exception <i>non numeratæ pecuniæ</i> .	48
Deuxième partie. — De la comptabilité des <i>argentarii</i> et de ses conséquences au point de vue des obligations et des clients.....	56
CHAPITRE PREMIER. — Des livres des <i>argentarii</i>	56
CHAPITRE II. — De la compensation.....	65
CHAPITRE III. — De l' <i>editio rationum</i>	73
Troisième partie. — Des avantages et privilèges accordés aux <i>argentarii</i>	78

DROIT FRANÇAIS

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX.....	83
Première partie. — De la responsabilité des notaires à raison des obligations particulières à leurs fonctions.....	99
CHAPITRE PREMIER. — De la réquisition du ministère.	99
CHAPITRE II. — De la résidence et du ressort..	107

CHAPITRE III. — Des obligations morales imposées aux notaires.....	119
CHAPITRE IV. — De la réception des actes.....	128
CHAPITRE V. — De l'enregistrement des actes.....	131
CHAPITRE VI. — De certains devoirs spéciaux.....	134
Deuxième partie. — Responsabilité des notaires à raison de leurs actes.....	141
CHAPITRE PREMIER. — Des nullités intrinsèques.....	142
CHAPITRE II. — Des nullités extrinsèques.....	148
§ 1 ^{er} . — Parenté et intérêt du notaire.....	149
§ II. — Second notaire et témoins instrumentaires.....	153
§ III. — De l'individualité et capacité des témoins certificateurs et des parties.....	157
§ IV. — Des énonciations des actes....	160
Formalités spéciales aux testaments et donations.	165
Troisième partie. — Responsabilité du notaire comme mandataire, gérant d'affaires, dépositaire....	173
CHAPITRE PREMIER. — Du notaire comme mandataire.	173
CHAPITRE II. — Du notaire gérant d'affaires.....	182
CHAPITRE III. — Du notaire comme dépositaire.....	186
CHAPITRE IV. — De la responsabilité du notaire par rapport au fait de ses clercs.....	197
Quatrième partie. — Du notaire en second et de l'action en responsabilité	201
CHAPITRE PREMIER. — Du notaire en second.....	201
CHAPITRE II. — De l'action en responsabilité....	205

